

**MARIA SILVIA CARTAXO FERNANDES LUIZ**

**ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS EXCEPCIONAIS**

**CURITIBA**

**2006**

**MARIA SILVIA CARTAXO FERNANDES LUIZ**

**ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS EXCEPCIONAIS**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias  
como requisito parcial à conclusão do Curso de  
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da  
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Edson Ribas  
Malachini

Co-orientador: Professor Doutor Eduardo Talamini

**CURITIBA**

**2006**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

MARIA SILVIA CARTAXO FERNANDES LUIZ

### **ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS EXCEPCIONAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Edson Ribas Malachini

Co-orientador:

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Eduardo Talamini

3º Membro da Banca:

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Sérgio Cruz Arenhart

Curitiba, 23 de outubro de 2006.

Agradeço, primeiramente, à minha mãe e ao meu pai (*in memoriam*), pelo amor inesgotável e pelos esforços realizados em prol de minha formação, bem como aos meus irmãos, Henrique, Luiza e Guilherme, companheiros nas horas difíceis e sempre presentes nos momentos felizes.

Agradeço, igualmente, ao meu namorado Fernando, pelo carinho e afeto demonstrados; às amigas-irmãs Andrea, Camila, Camile, Fernanda, Maria Luiza, Paula, Silvia e Viviane, pela enorme amizade e incentivo durante os cinco anos de estudo nesta Casa; ao Desembargador Claudio de Andrade, pela compreensão e pelos preciosos ensinamentos transmitidos diariamente; ao meu orientador, Professor Edson Ribas Malachini e ao meu co-orientador, Professor Eduardo Talamini, pela paciência demonstrada e pelo auxílio prestado na realização deste trabalho, através do amplo e notório conhecimento jurídico desses ilustres processualistas. E, acima de tudo, agradeço a Deus, por todas as oportunidades a mim concedidas.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	
<b>2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS.....</b>	
2.1 CABIMENTO.....	
2.1.1 Hipóteses de Cabimento Previstas na Alínea “a” do Artigo 102, III e na Alínea “A” do Artigo 105, III da Constituição Federal.....	
2.1.2 Hipótese de Cabimento Prevista na Alínea “b” do Artigo 102, III da Constituição Federal.....	
2.1.3 Hipóteses de Cabimento Previstas na Alínea “c” do Artigo 102, III e na Alínea “b” do Artigo 105, III da Constituição Federal.....	
2.1.4 Hipótese de Cabimento Prevista na Alínea “c” do Artigo 105, III da Constituição Federal.....	
2.1.5 Hipótese de Cabimento Prevista na Alínea “d” do Artigo 102, III da Constituição Federal.....	
2.2 ESGOTAMENTO PRÉVIO DAS VIAS ORDINÁRIAS.....	
2.3 PREQUESTIONAMENTO.....	
2.3.1 Embargos Declaratórios Prequestionadores.....	
2.4 DEMONSTRAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL AVENTADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO...	
<b>3 A DEVOLUTIVIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS.....</b>	
3.1 CONCEITO DE EFEITO DEVOLUTIVO.....	
3.2 O EFEITO DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS.....	
3.2.1 Impossibilidade de Mera Revisão da Matéria Fática.....	
<b>4 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS..</b>	
4.1 NATUREZA JURÍDICA DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE.....	
4.2 O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM.....	
4.3 O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE EXERCIDO PELO RELATOR.....	
4.4 O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE EXERCIDO PELA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL OU DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DO RECURSO.....	
<b>5 EXECUÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA NA PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE RECURSO EXCEPCIONAL.....</b>	
5.1 ESPÉCIES DE EXECUÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	
5.2 ESPÉCIE DA EXECUÇÃO PROMOVIDA NA PENDÊNCIA DE RECURSO EXCEPCIONAL.....	

<b>6 MANDADO DE SEGURANÇA.....</b>	
6.1 CONCEITUAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO MANDADO DE SEGURANÇA.....	
6.1.1 Do Direito Líquido e Certo.....	
6.1.2 Do Ato de Autoridade.....	
6.1.2.1 Mandado de Segurança Contra Ato Judicial.....	
6.2 LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA.....	
<b>7 TUTELA CAUTELAR.....</b>	
7.1 CONCEITO E FINALIDADE DA TUTELA CAUTELAR.....	
7.2 TEMPORARIEDADE, REVOGABILIDADE E MODIFICABILIDADE DA TUTELA CAUTELAR.....	
7.3 DISTINÇÃO ENTRE FUNÇÃO CAUTELAR, TUTELA CAUTELAR E PROCESSO CAUTELAR.....	
7.4 A COGNIÇÃO DO JUIZ EM SEDE CAUTELAR.....	
7.5 CARACTERÍSTICAS LIGADAS AO PROCESSO CAUTELAR.....	
7.5.1 A Não-formação de Coisa Julgada Material.....	
7.5.2 Autonomia e Acessoriedade.....	
7.6 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA CAUTELAR.....	
7.7 O PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO.....	
<b>8 ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS EXCEPCIONAIS.....</b>	
8.1 O EFEITO SUSPENSIVO NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO.....	
8.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS EXCEPCIONAIS.....	
8.3 MANDADO DE SGURANÇA PARA SUSPENDER A EFICÁCIA DA DECISÃO IMPUGNADA POR RECURSO EXCEPCIONAL.....	
8.4 TUTELA CAUTELAR PARA SUSPENDER A EFICÁCIA DA DECISÃO IMPUGNADA POR RECURSO EXCEPCIONAL.....	
8.4.1 Efeito Suspensivo e Tutela Cautelar.....	
8.4.2 Competência.....	
8.4.3 Efeito Suspensivo e Juízo de Admissibilidade nos Recursos Excepcionais.....	
8.4.4 Meios Processuais.....	
<b>9 CONCLUSÃO.....</b>	
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	

## RESUMO

Propõe-se, no presente trabalho, discutir a possibilidade e os meios de se obter efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial, remédios constitucionais através dos quais pode a parte impugnar decisão que supostamente tenha violado dispositivo constitucional ou legal infraconstitucional, respectivamente. Tais apelos, por força de lei, não têm o condão de suspender a eficácia da decisão guerreada, a qual pode ser desde logo executada pela parte até então vencedora. Ocorre que há casos nos quais a imediata execução do título, ainda não definitivo, ocasiona perigo de lesão grave e de difícil reparação ao direito do recorrente, de modo a tornar eventual resultado a ele favorável praticamente irrelevante. Nessas hipóteses, e desde que esteja presente a fumaça do bom direito, a doutrina e a jurisprudência têm admitido a atribuição de efeito suspensivo aos recursos excepcionais, pela via da tutela cautelar (antes de se conceber este meio, todavia, costumava-se utilizar o mandado de segurança para tal fim). É certo que a finalidade precípua desses remédios não é realizar a justiça entre as partes, embora esta seja uma importante consequência reflexa. Com efeito, tais apelos são voltados principalmente a garantir a unidade e o império do ordenamento jurídico federal, constitucional e infraconstitucional, pelo que é justificável que não sejam dotados de efeito suspensivo. Nada obstante, a possibilidade de ser emprestado tal efeito aos apelos extremos, em situações excepcionais, coaduna-se com o importante princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário e com a efetividade da tutela jurisdicional, protegendo-se, assim, a própria ordem jurídica.

Palavras-chave: recursos excepcionais, efeito suspensivo, meios cabíveis.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema ora proposto, a atribuição de efeito suspensivo aos recursos excepcionais, mostrou-se, no decorrer da pesquisa e da redação do presente trabalho, extremamente interessante, especialmente em virtude de sua relevância prática.

É cediço que o recurso especial e o extraordinário, na qualidade de remédios constitucionais de estrito direito, que visam precipuamente à proteção do ordenamento jurídico federal infraconstitucional e constitucional, e não à realização da justiça entre as partes, embora esta seja uma conseqüência reflexa, não têm, em regra, o condão de suspender a eficácia da decisão por meio deles guerreada.

Ocorre que há casos nos quais tal fato pode ensejar danos tão graves ao recorrente que, desde que presente a fumaça do bom direito, faz-se necessária a suspensão da decisão potencialmente causadora do gravame.

As vicissitudes dessa questão, tais como: os meios pelos quais a obtenção do efeito suspensivo nos apelos extremos torna-se possível, a competência para apreciar pedido de tal natureza, bem como as orientações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, serão abordadas ao final do presente trabalho.

Para que se possa adentrar no tema propriamente dito, é mister fazer uma análise dos recursos excepcionais, abordando seus requisitos de admissibilidade, dentre os quais, suas hipóteses de cabimento, o âmbito de sua devolutividade e o juízo de admissibilidade realizado logo após sua interposição. Também serão pontuados alguns aspectos polêmicos que lhes dizem respeito.

Passar-se-á, então, a discorrer acerca da execução que se faz na pendência do recurso especial e do extraordinário, ponto de extrema significância ante o que se propõe neste trabalho. É que justamente a possibilidade que se abre à parte recorrida de dar início à execução lastreada na decisão provisória pode, em alguns casos, causar perigo de que eventual resultado favorável ao recorrente torne-se, no momento do julgamento do apelo, praticamente irrelevante.

Após, serão estudadas questões relativas ao mandado de segurança e à tutela cautelar, meios já cogitados pela jurisprudência pátria para a obtenção de efeito suspensivo nos recursos excepcionais.



E, uma vez formado esse panorama geral, caberá examinar as questões que envolvem a própria atribuição do referido efeito aos apelos extremos. Para tanto, verificar-se-ão as importantes considerações feitas pela doutrina e ilustrações jurisprudenciais a respeito, as quais sinalizam a forma como o tema vem sendo tratado na prática forense.

Conforme será verificado, embora doutrinadores e operadores do direito sejam pacíficos em afirmar a viabilidade da suspensão da eficácia da decisão impugnada por recurso especial ou extraordinário, questões atinentes à competência para apreciar tal pedido antes da verificação de sua admissibilidade, bem como aos meios processuais adequados a tal finalidade ensejam controvérsias, o que demonstra a atualidade e relevância do tema.

Outrossim, o assunto de que ora se trata está intimamente ligado ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, ao qual hoje muito relevo se confere, diante da grande preocupação que têm os juristas em relação à questão da efetividade do processo.

## 2. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

A apreciação do mérito dos recursos em geral está condicionada, no Processo Civil Brasileiro, à análise prévia acerca do preenchimento de certos requisitos estabelecidos em lei. Cabe ao magistrado competente para fazer o juízo de admissibilidade do recurso, ao deparar-se com a ausência de um desses pressupostos, deixar de conhecer do apelo.

Podem tais requisitos ser classificados em extrínsecos e intrínsecos; enquanto os primeiros são relativos à própria existência do direito de recorrer, os últimos concernem ao exercício desta faculdade<sup>1</sup>.

São requisitos extrínsecos de admissibilidade a tempestividade, a regularidade formal e o preparo, ao passo que são intrínsecos o cabimento, a legitimação, o interesse e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer<sup>2</sup>.

No âmbito do que se propõe no presente trabalho, contudo, não se mostra necessária uma exposição sobre todos esses pressupostos, haja vista que não há peculiaridades, nesse aspecto, em relação aos recursos especial e extraordinário. Apenas merece destaque o cabimento.

Além desses requisitos, pode a legislação processual estabelecer outros, de preenchimento necessário para determinados recursos, a exemplo do que ocorre com o especial e o extraordinário, cuja admissibilidade depende também do esgotamento prévio das vias ordinárias e do prequestionamento. Ademais, são eles imprestáveis à mera revisão de matéria fática. Este último pressuposto, contudo, será examinado no Capítulo 3 do presente trabalho, tendo em vista que está intimamente relacionado à devolutividade dos apelos extremos.

O recurso extraordinário está sujeito ainda a um novo requisito necessário à sua admissão, criado pela Emenda Constitucional n° 45/2004: a demonstração, pelo recorrente, da repercussão geral da questão constitucional aventada no apelo.

---

<sup>1</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 117.

<sup>2</sup> Esta é a classificação adotada por José Carlos Barbosa MOREIRA na obra *O novo processo civil brasileiro*, 22. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 117-119.

## 2.1 CABIMENTO

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são as Cortes encarregadas de garantir a integridade e a unidade do direito federal, infraconstitucional e constitucional, respectivamente.

Os recursos de índole excepcional, como instrumentos de concretização de tais objetivos, não são destinados precipuamente a tutelar o direito subjetivo da parte na relação jurídico-processual, embora surja também esta consequência, mas a resguardar o império da ordem jurídica em todo o território nacional.

Nesse diapasão, é justificável que as hipóteses de cabimento de tais remédios processuais estejam taxativamente arroladas na Constituição Federal, de modo a vincular a fundamentação do recorrente.

A seguir, passar-se-á a discorrer acerca das hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial conjuntamente, quanto aos seus aspectos comuns, fazendo-se uma análise apartada de suas eventuais especificidades.

### 2.1.1 Hipóteses de Cabimento Previstas na Alínea “a” do Artigo 102, III e na Alínea “a” do Artigo 105, III da Constituição Federal

É cabível recurso extraordinário, consoante o disposto na alínea “a” do artigo 102, III, quando a decisão recorrida “contrariar dispositivo desta Constituição”, ao passo que é facultada a interposição de recurso especial, de acordo com a alínea “a” do artigo 105, III da Lei Maior em face de decisão que “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

Para desafiar recurso extraordinário, a decisão impugnada deve afrontar regra ou princípio constitucional. Esta ofensa, segundo jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, deve ser direta e frontal, e nunca por via reflexa. Vale dizer, é incabível recurso extraordinário contra decisão que supostamente ferir preceito constitucional em virtude de haver violado dispositivo legal.

É o que se depreende, a título exemplificativo, da seguinte ementa de julgado daquela Corte em sede de agravo regimental em recurso extraordinário:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO - INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - AGRAVO IMPROVIDO. - A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária”<sup>3</sup>.

Tal posicionamento é duramente criticado por José Emílio Medauar OMATTI, em razão de vigorar no Brasil um sistema de controle de constitucionalidade fundamentalmente difuso, não podendo o Supremo Tribunal Federal ficar alheio às hipóteses nas quais normas constitucionais são ofendidas através da errônea aplicação de leis federais que as concretizam. Ademais, ressalta o autor que há preceitos constitucionais que somente ganham densidade a partir das normas infraconstitucionais e situações concretas, sendo absurdo impedir que o guardião da Constituição da República os proteja<sup>4</sup>.

Cabe registrar, contudo, que o Supremo Tribunal Federal tem admitido em alguns casos recurso extraordinário fundado em ofensa reflexa à Constituição Federal, a exemplo do que ocorreu no julgamento do recurso extraordinário nº 266397-2/PR pela Primeira Turma, no qual o apelo foi provido, reconhecendo-se a alegada violação ao artigo 5º, LV da Constituição, ainda que tenha sido necessária a prévia análise da matéria legal.

A ementa do citado aresto tem o seguinte teor:

“I. Recurso extraordinário: prequestionamento: Súmula 356. O Supremo Tribunal tem reafirmado a sua jurisprudência - já assentada na Súm. 356 -, no sentido de que, reagitada a questão constitucional não enfrentada pelo acórdão, mediante embargos de declaração, se tem por prequestionada a matéria, para viabilizar o recurso extraordinário, ainda que se recuse o Tribunal a quo a manifestar-se a respeito (v.g., RE 210638, 1ª T, 14.04.98, Pertence, DJ 19.6.98; RE 208639, 2ª T, 6.4.99, Jobim, DJ 4.2.00, RTJ 172/273; RE 219934, Pl, 14.06.00, Gallotti, DJ 16.2.01). II. Contraditório e ampla defesa: art. 5º, LV, da Constituição: conteúdo mínimo. 1. A garantia constitucional do contraditório e da

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário nº 474287/MT, da 2ª Turma, relator: ministro Celso de Mello, data do julgamento: 09/05/2006, data da publicação: 30/06/2006. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=REAgR&processo=474287&origem=IT&cod\\_c\\_lasse=539](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=REAgR&processo=474287&origem=IT&cod_c_lasse=539)>.

<sup>4</sup> OMATTI, José Emílio Medauar. Ofensa reflexa à Constituição: ofensa direta à constituição. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10, pp. 194-197.

ampla defesa tem o conteúdo mínimo: a decisão que o desconhece viola diretamente o art 5º, LV, da Constituição, ainda que se pretenda conforme à lei estadual”<sup>5</sup>.

Quanto ao recurso especial, a via para sua interposição estará aberta ao se constatar decisão que contrarie tratado ou lei federal, ou lhes negue vigência, conforme já mencionado.

Ressalta-se que a expressão “contrariar”, utilizada pela Constituição Federal tanto em relação ao recurso especial, quanto ao extraordinário, é mais abrangente do que a chamada “negativa de vigência”, presente no texto constitucional apenas em relação ao primeiro. Nesse sentido, assevera Gleydson Kleber Lopes de OLIVEIRA que “o termo contrariar compreende a negativa de vigência, bem como qualquer interpretação menos exata da legislação federal, isto é, a contrariedade compreende qualquer forma de ofensa ao preceito de lei”<sup>6</sup>.

Sob a égide da Constituição Federal de 1946, foi editada a polêmica Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra ‘a’ do art. 101, III, da Constituição Federal”. O mencionado dispositivo, por sua vez, previa o cabimento de recurso extraordinário “(...) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal”.

Já à época da edição da citada Súmula, sua aplicabilidade se restringia à hipótese de ofensa à lei federal infraconstitucional, que atualmente dá ensejo à interposição de recurso especial, tendo em vista que a redação do permissivo constitucional de cabimento do recurso extraordinário para essa hipótese era mais restritiva do que a referente ao caso de se alegar contrariedade à Constituição da República.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, não há mais como se sustentar a aplicabilidade da Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal em relação ao recurso

---

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 266397-2/PR, da 1ª Turma, relator: ministro Sepúlveda Pertence, data do julgamento: 09/03/2004, data da publicação: 07/05/2004. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=266397&origem=IT&cod\\_classe=437](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=266397&origem=IT&cod_classe=437)>.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso Especial*. Orientação: Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 236.

especial, pois a redação do permissivo constante da alínea “a” do inciso III do artigo 105 não mais comporta uma interpretação tão restritiva.

A doutrina é firme nesse sentido, a exemplo do que leciona Athos Gusmão CARNEIRO<sup>7</sup>:

“A Constituição atual não mais menciona a ofensa à *letra da lei*, nem refere apenas a negativa de *vigência da lei*, mas sim refere-se à decisão que *contrariar* a lei. E a lei não admite duas exegeses diferentes, e ambas certas; uma delas estará necessariamente contrariando o mandamento da lei, que só pode ser um, e para dizê-lo existe o recurso especial para o STJ”.

Quanto ao atual posicionamento da jurisprudência sobre o assunto, anota Theotonio NEGRÃO que tal Súmula “perdeu quase todo o seu prestígio e não tem sido invocada no STJ para não conhecimento do recurso especial”<sup>8</sup>.

#### 2.1.2 Hipótese de Cabimento Prevista na Alínea “b” do Artigo 102, III da Constituição Federal

O recurso extraordinário pode, ainda, ser interposto contra decisão que tenha declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, sendo suficiente para o preenchimento do requisito de admissibilidade do cabimento que o recorrente demonstre tal circunstância.

Nos casos de suscitação de incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, na forma dos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil, reza a Súmula 513 do Supremo Tribunal Federal que “a decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito”.

<sup>7</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 2, p. 112.

<sup>8</sup> NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. atual. até 10 de fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005, nota 3 ao artigo 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, p. 1999.

### 2.1.3 Hipóteses de Cabimento Previstas na Alínea “c” do Artigo 102, III e na Alínea “b” do Artigo 105, III da Constituição Federal

A hipótese prevista na alínea “c” do artigo 102, III diz respeito ao cabimento de recurso extraordinário contra decisão que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, ao passo que a alínea “b” do artigo 105, III, prevê o cabimento de recurso especial em face de decisão que julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal. A redação deste último dispositivo foi determinada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que pôs, assim, uma pá de cal na polêmica que sobre ele pairava, na doutrina e na jurisprudência.

Antes da vigência da citada emenda constitucional, a alínea “b” do artigo 105, III, da Constituição Federal previa o cabimento de recurso especial quando a decisão recorrida julgasse válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal.

Ocorre que freqüentemente surgia a dificuldade, no caso concreto, de se identificar se o conflito entre lei federal e lei local se tratava de questão atinente à interpretação desta frente àquela, ou se estava ligado a uma suposta invasão de competência de uma esfera federativa em relação à outra. Na primeira hipótese, o recurso cabível seria o especial, ao passo que na segunda, seria o extraordinário, uma vez que a distribuição de competências entre os entes da Federação é matéria de cunho constitucional, conforme se infere dos artigos 21 e seguintes da Carta Magna.

Segundo Eduardo ARRUDA ALVIM, na mesma esteira do que foi decidido em questão de ordem suscitada no Recurso Extraordinário 117.809-PR, a correta interpretação que se podia fazer das citadas hipóteses de cabimento seria a de que se a decisão atacada envolvesse a mera interpretação da lei local em face da lei federal, seria hipótese de cabimento de recurso especial; já se houvesse necessidade de discutir a competência adjudicada pela Constituição às pessoas políticas, então deveria ser interposto recurso extraordinário<sup>9</sup>.

Tal entendimento, embora encontrasse grande receptividade na jurisprudência, não era pacífico, pois havia autores que consideravam que ao Superior Tribunal de

---

<sup>9</sup> ARRUDA ALVIM, Eduardo. Recurso Especial e Recurso Extraordinário. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. Vários Colaboradores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 5, p. 150.

Justiça era atribuída parte do contencioso constitucional através do permissivo constante da alínea “b” do artigo 105, III da Constituição Federal, em virtude de o conflito entre lei federal e lei local somente poder ser dirimido à luz da distribuição constitucional de competências entre os entes federativos<sup>10</sup>.

As discussões que giravam em torno da redação do citado permissivo, entretanto, encontram-se superadas, conforme observado, em virtude do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que retirou a hipótese de cabimento de recurso especial relativa a decisão que julgue válida lei local contestada em face de lei federal e a inseriu dentre os casos em que é cabível o extraordinário.

#### 2.1.4 Hipótese de Cabimento Prevista na Alínea “c” do Artigo 105, III da Constituição Federal

A última hipótese de cabimento do recurso especial, prevista na alínea “c” do artigo 105, III da Constituição Federal, dá-se quando a decisão recorrida “der a lei federal interpretação diversa da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Da leitura do mencionado dispositivo depreende-se que tal dissídio deve, obrigatoriamente, ocorrer entre tribunais diversos. Este entendimento é também expressado na Súmula 13 do Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, se a decisão utilizada como paradigma pelo recorrente já se encontra ultrapassada pelo próprio Tribunal *a quo*, não poderá dar base a recurso especial interposto sob o fundamento de dissídio jurisprudencial, nos exatos termos do Enunciado 83 do Superior Tribunal de Justiça: “Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

Consoante asseverado alhures, o Superior Tribunal de Justiça tem por função precípua a guarda da inteireza e da uniformidade na interpretação do direito federal infraconstitucional.

---

<sup>10</sup> Nesse sentido: CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. *In Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 654, ano 79, abr.1990, p. 14; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prefácio à obra *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 8.



Nesse contexto, é importante, em nome da tão almejada segurança jurídica, que o ordenamento disponha de meios para unificar o entendimento sobre dispositivos de lei federal que têm sido objeto de interpretações divergentes nas Cortes de Justiça do país, em determinado momento histórico. O recurso especial fundado na hipótese da alínea “c” do artigo 105, III da Constituição Federal certamente se presta para tal nobre fim.

Nessa esteira, leciona Flávio Cheim JORGE que:

“Ora, como acabamos de ver, a lei nasce para ter somente um único entendimento, e mesmo assim, diante de uma mesma conjuntura histórica, ela é interpretada de forma diferente, o objeto do recurso especial pela letra *c* é predominantemente *reunificador*. Interpõe-se o recurso especial pela letra *c*, porque a decisão recorrida aplicou determinada norma legal de modo diferente de outro tribunal. Assim, pretende-se que a decisão paradigma, que no entender do recorrente é a que aplicou corretamente o texto legal, prevaleça sobre a proferida contra o recorrente”<sup>11</sup>.

Finalmente, cabe registrar que o parágrafo único do artigo 541 do Código de Processo Civil exige que o recorrente prove a divergência jurisprudencial das seguintes formas:

“mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça também encontra previsão nesse sentido, no § 2º do artigo 255, sem, contudo, mencionar a possibilidade da prova eletrônica, eis que esta é uma novidade introduzida no supramencionado dispositivo pela recente Lei 11.341/2006.

Ademais, não basta que sejam citadas ou transcritas ementas, salvo se o teor destas for exaustivo e a matéria ali tratada for bem conhecida no Tribunal.

---

<sup>11</sup> JORGE, Flávio Cheim. Recurso especial com fundamento na divergência jurisprudencial. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, v. 4, p. 371-372.

De toda sorte, a peça recursal deve demonstrar o dissídio analiticamente, enfrentando de forma exaustiva e fundamentada o acórdão recorrido em face do utilizado como paradigma.

#### 2.1.5 Hipótese de Cabimento Prevista na Alínea “d” do Artigo 102, III da Constituição Federal

Conforme observado no item 2.1.3, a Emenda Constitucional nº 45/2004 suprimiu parte da hipótese de cabimento do recurso especial prevista na alínea “b” do artigo 105, III, da Carta Magna e a introduziu entre os casos de cabimento do extraordinário, mediante a criação da alínea “d” do artigo 102, III, também da Constituição da República.

Este último dispositivo estabelece que é passível de impugnação por recurso extraordinário decisão que “julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

Fredie DIDIER JÚNIOR entende que a nova previsão, no sentido de que a mencionada hipótese dá ensejo a recurso extraordinário, e não mais especial, conferiu maior racionalidade ao sistema, pois, não havendo hierarquia entre lei local e lei federal, a discussão sobre a aplicabilidade de uma delas em detrimento da outra sempre diz respeito à competência legislativa, matéria de índole constitucional<sup>12</sup>.

## 2.2 ESGOTAMENTO PRÉVIO DAS VIAS ORDINÁRIAS

A Constituição Federal determina, em seu artigo 102, III, que somente as causas<sup>13-14</sup> decididas em única ou última instância estão sujeitas ao recurso

---

<sup>12</sup> JÚNIOR, Fredie Didier. Transformações do recurso extraordinário. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10, p. 118.

<sup>13</sup> ROSAS, Roberto. A causa como pressuposto do recurso. In *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 213, anota que prevaleceu na jurisprudência, na esteira da doutrina de Castro NUNES, a concepção de que a expressão “causa” deve ser entendida de forma ampla, apenas excluindo os processos meramente administrativos, tais como o de dúvida.

<sup>14</sup> MONTEIRO, Samuel. *Recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Hermus, 1992, p. 209, afirma, em sentido contrário, que: “Causa a que se refere o texto constitucional, deve ser entendida em seu sentido restrito, processualmente, como uma ação contenciosa, onde as partes litigam para obterem do Poder

extraordinário e, quanto ao recurso especial, estabelece, no artigo 105, III, que tal via somente estará aberta ao recorrente se a causa já tiver sido decidida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Os recursos excepcionais somente podem ser manejados após terem sido esgotados todos os recursos ordinários cabíveis à espécie. Nesse sentido, é oportuno transcrever a Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal, aprovada sob a égide da Constituição Federal de 1946 e que, portanto, aproveitava também a matéria atualmente submetida à competência do Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup>, em sede de recurso especial: “É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

Sobre tal requisito constitucional, assevera Rodolfo de Camargo MANCUSO:

“A explicação dessa exigência está em que o STF e o STJ são órgãos da cúpula judiciária, espraiando suas decisões por todo o território nacional. Em tais circunstâncias, compreende-se que as Cortes Superiores apenas devam pronunciar-se sobre questões federais (STJ) ou constitucionais (STF) – que podem ser até prejudiciais – numa lide que esteja totalmente dirimida nas instâncias inferiores”<sup>16</sup>.

Situação notadamente interessante surge no caso de ocorrer dissenso entre os julgadores apenas em relação a parte de acórdão que houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória (artigo 530 do Código de Processo Civil): o cabimento concomitante de embargos infringentes, em relação à parcela não unânime da decisão e de recurso especial e extraordinário, quanto à outra (desde que, logicamente, estejam presentes os demais pressupostos), cujo prazo para interposição ficará sobrestado até a intimação da decisão dos

---

Judiciário uma prestação jurisdição: o autor pugna pela prestação a seu favor; o réu impugna tal prestação”.

<sup>15</sup> O Superior Tribunal de Justiça apenas foi criado com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual transferiu àquela Corte a incumbência de ser a guardiã do direito federal infraconstitucional, função esta anteriormente pertencente ao Supremo Tribunal Federal.

<sup>16</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.91.

embargos, se estes forem interpostos, conforme o disposto no art. 498 do Código de Processo Civil<sup>17</sup>.

Se, ao contrário, os embargos infringentes não forem interpostos, o parágrafo único do mesmo artigo determina que o prazo para interposição de recurso excepcional relativamente à parte unânime do acórdão tem início na data em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos.

Impende ressaltar que, no que concerne ao recurso especial, a Constituição Federal determina que a decisão recorrida seja emanada de Tribunal<sup>18</sup>, exigência esta inexistente no art. 102, III, que trata do recurso extraordinário. É possível, pois, que este último seja manejado em face de decisão de primeira instância, desde que, logicamente, dela seja incabível qualquer outro recurso, a exemplo do que se dá na decisão colegiada dos Juizados Especiais, prevista no art. 41 da Lei 9.099/95<sup>19</sup>.

Assim, o recurso especial somente pode ser manejado em face de acórdão, inclusive o proferido em julgamento de agravo de instrumento<sup>20</sup>, ao passo que o extraordinário é também cabível para impugnar sentença<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 556.

<sup>18</sup> Além de o art. 105, III, da Constituição da República referir-se expressamente a causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, excluindo, assim, as decididas por órgãos de primeira instância, a Súmula 203 do Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

<sup>19</sup> GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Do cabimento de recurso ordinário e especial contra acórdão proferido por turma recursal nos juizados especiais. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10, pp. 591-605, adota posicionamento divergente do dominante, no sentido de que deveria ser admitida a interposição de recurso especial em face das decisões emanadas das turmas recursais dos Juizados Especiais.

<sup>20</sup> O Superior Tribunal de Justiça editou, nesse sentido, a Súmula 86, cujo teor é o seguinte: “Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”. Atualmente, o art. 542, § 3º, na redação dada pela Lei 9.756/98, expressamente previu tal possibilidade, que deve ser exercitada através de recurso retido nos autos: “O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para contra-razões”.

<sup>21</sup> A expressão, aqui, é utilizada em seu sentido estrito, significando decisão definitiva proferida em primeiro grau de jurisdição.

## 2.3 PREQUESTIONAMENTO

O exato significado do termo “prequestionamento” é objeto de controvérsias, as quais podem ser sistematizadas em três acepções: manifestação expressa do tribunal *a quo* sobre determinada matéria<sup>22</sup>; debate, anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese na qual freqüentemente se sustenta que cabe à parte suscitar a discussão<sup>23</sup>; somatório das duas anteriores<sup>24</sup>.

O prequestionamento da matéria constitucional ou federal é exigência antiga no sistema processual brasileiro, presente já na Constituição Federal de 1891.

Contudo, não veio expressamente previsto como pressuposto de admissibilidade dos recursos excepcionais na vigente Carta, pelo que muito se discute acerca de sua constitucionalidade. Há autores que defendem a tese de que, diante do silêncio da Constituição Federal de 1988 acerca do prequestionamento, a ausência deste não pode ensejar o não-conhecimento do recurso especial e do extraordinário.

Nesse sentido, cabe destacar o posicionamento de Guilherme Caldas da CUNHA:

“A exigência do pré-questionamento da questão federal, para ensejar o cabimento do recurso especial, imprimida pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e recepcionada pelo Superior Tribunal de Justiça, é, hoje, inconstitucional”<sup>25</sup>.

Contudo, tem prevalecido a idéia de que, conquanto não haja previsão expressa na Constituição Federal do prequestionamento, enquanto requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, tal exigência, freqüente na jurisprudência, não afronta a

<sup>22</sup> Nessa esteira: OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 2, pp. 246-248.

<sup>23</sup> Nesse sentido: MEDINA, José Miguel García. O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial. In *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, 1997, pp. 279-280; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 2.336-MG, da 2ª Turma, relator: Ministro Carlos Velloso, data do julgamento: 09/05/1990, data da publicação: 04/06/1990. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 659, ano 79, set. 1990, p. 192.

<sup>24</sup> A exemplo do que foi decidido no seguinte julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 134.175-1, 1ª Turma, relator: Ministro Celso de Mello, data do julgamento: 02/04/1991, data da publicação: 06/03/1992. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 683, ano 81, set. 1992, p. 232.

<sup>25</sup> CUNHA, Guilherme Caldas da. Controle constitucional do cabimento do recurso especial. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 704, ano 83, jun. 1994, p. 38.

Magna Carta. É que, na verdade, constitui decorrência lógica da necessidade de prévio enfrentamento, pela decisão recorrida, da questão constitucional ou federal, conforme se trate de recurso extraordinário ou especial.

Muito se discute sobre a necessidade ou não, para fins de prequestionamento, de a decisão recorrida mencionar expressamente o dispositivo legal que se tem por violado.

Por força da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal<sup>26</sup>, editada antes da criação do Superior Tribunal de Justiça, aquela Corte vinha entendendo que tal requisito não seria satisfeito se na decisão atacada não estivesse apontada expressamente a norma considerada ofendida.

Preliminarmente, este foi também o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça; no entanto, alguns Ministros da Corte passaram a admitir a configuração do prequestionamento pelo simples debate entre as partes sobre a matéria tratada pelo dispositivo tido por afrontado.

É o que se infere do seguinte julgado, relatado pelo Ministro Athos Gusmão CARNEIRO, então integrante do Superior Tribunal de Justiça:

“Adotando o posicionamento que, de modo geral, vem sendo prestigiado neste Superior Tribunal de Justiça, não levo a rígidos balizamentos o pressuposto, que mantenho, de a matéria haver sido questionada no decorrer do processo. Assim, em linha de princípios, admito o questionamento implícito, decorrente do conjunto das alegações formuladas pela parte. Ainda em linha de princípios, dispenso, nos casos de omissão do acórdão, deva ser a matéria reavivada em embargos declaratórios, quando se cuide de tema já claramente questionado no decorrer do contraditório; diga-se que outros são os objetivos processuais dos embargos de declaração, os quais podem suprir omissão nos fundamentos da sentença ou do acórdão quando tal omissão seja suscetível de prejudicar a execução do julgado ou de prejudicar a compreensão do conteúdo e extensão do ‘decisum’, hipóteses estas que refogem, vênha máxima, ao tema dos pressupostos constitucionais de admissibilidade do apelo extremo”<sup>27</sup>.

Todavia, a orientação que o Superior Tribunal de Justiça tem adotado, ainda que haja julgados no sentido de que o acórdão atacado deve mencionar expressamente

---

<sup>26</sup> Consoante o disposto na referida Súmula, “É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada na decisão recorrida a questão federal”.

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial nº 444/RJ, da 4ª Turma, relator: Ministro Athos Carneiro, data do julgamento: 07/08/1990, data da publicação: 15/10/1990. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=198900091883&data=15/10/1990>> (grifos no original).

o número do dispositivo legal, é uma intermediária, segundo a qual seria desnecessário constar na decisão recorrida referência expressa ao dispositivo legal considerado violado e, no entanto, não bastaria a prévia discussão acerca da matéria pelas partes, a qual deveria ser apreciada pelo acórdão recorrido<sup>28</sup>.

Também o Supremo Tribunal Federal acabou por firmar o entendimento de que, para que a matéria seja prequestionada, é necessário que a decisão recorrida trate, de forma explícita, da questão jurídica envolvida no dispositivo tido como violado. Esta foi, pois, a interpretação que prevaleceu para a citada Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal.

O Ilustre jurista Egas Dirceu Moniz de ARAGÃO faz uma análise interessante dessa questão, ao afirmar que o fato de os Tribunais Superiores ora exigirem, ora não exigirem a menção da regra violada, não reflete incoerência ou desatenção. É que, segundo seu entendimento, há julgados em que se faz necessária a menção à norma para que esta seja identificada, ao passo que há decisões nas quais, por mais que a regra não esteja expressa, foi claramente aplicada pelo magistrado<sup>29</sup>.

Impende, ainda, registrar que muitos autores sustentam que as matérias de ordem pública podem ser apreciadas em sede de recurso extraordinário sem que tenham sido, anteriormente, prequestionadas.

Sobre tal questão, assevera Rodolfo de Camargo MANCUSO que:

“De fato, parece-nos que em questões de ordem pública que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis de ofício, e, bem assim em tema de condições da ação e de pressupostos – positivos e negativos – de existência e validade da relação jurídica processual (CPC, art. 267, § 3.º), o quesito do prequestionamento pode ter-se por *inexigível*, até em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa”<sup>30</sup>.

Entretanto, esse posicionamento não é o mais aceito pela doutrina e pela jurisprudência, pois, diante da devolutividade restrita que os recursos excepcionais, por

<sup>28</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Prequestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier, 2001, v. 4, pp. 976-979.

<sup>29</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Pré-questionamento. In *Revista Forense*, São Paulo, nº 328, ano 90, out./dez. 1994, p. 41.

<sup>30</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.352/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 229-230.

sua natureza, permitem, costumeiramente se sustenta que nem mesmo as matérias de ordem pública fogem do crivo do prequestionamento<sup>31</sup>.

Da mesma forma, prevalece o entendimento de que o prequestionamento é essencial mesmo nos casos em que surge nulidade quando da decisão recorrida e em que o recurso excepcional é interposto por terceiro interessado. Em tais hipóteses, conquanto não seja exigível, logicamente, que a parte suscite essas questões nas razões ou contra-razões do recurso cujo acórdão está sendo recorrido, é necessário que sejam opostos embargos declaratórios prequestionadores, os quais serão analisados no próximo item.

Por derradeiro, cumpre salientar que a questão federal ou constitucional pode surgir no próprio julgamento do recurso em face do qual se pretende interpor apelo extremo. Nesse caso, entende o renomado professor Egas Dirceu Moniz de ARAGÃO que:

“(...) mesmo as questões surgidas (tanto faz que direta ou indiretamente) no próprio julgamento, contra o qual é interposto o recurso, estão questionadas. Do contrário, o processo voltará a ser o campo minado que a doutrina moderna proscreve, no qual a realização do direito nem sempre era o objetivo primordial. O que pode e deve ser exigido do impugnante é convocar o órgão julgador, através de embargos de declaração, a confrontar a decisão adotada, com a infração nela cometida; não faz sentido trancar o acesso ao recurso porque o litigante deveria ter previsto o desfecho anormal do julgamento”<sup>32</sup>.

### 2.3.1 Embargos Declaratórios Prequestionadores

Conforme asseverado alhures, o prequestionamento tem sido exigido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal como requisito de

---

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 2, p. 249: “Em primeiro lugar, tendo o prequestionamento a apontada razão de ser fundada no direito positivo constitucional, forçoso concluir que sua exigência é indeclinável. Há de sempre estar presente para que possam ter trânsito o extraordinário ou o especial. Não importa, pois, que o tema, trazido para fundamentar o recurso, diga com a ordem pública. Não considerada na decisão recorrida, inexistirá a questão constitucional, ou simplesmente federal, capaz de ensejar o recurso, irrelevante a circunstância de que se exponha a conhecimento de ofício. O princípio não é aplicável aos recursos de natureza extraordinária, já que seus pressupostos originam-se, como dito, de específicas normas constitucionais”.

<sup>32</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Pré-questionamento. *In Revista Forense*, São Paulo, nº 328, ano 90, out./dez. 1994, p. 44.



admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, inobstante as controvérsias existentes em torno dessa questão.

Nesse diapasão, há casos em que o recorrente suscita questão federal perante o tribunal local, ou questão constitucional perante este ou o órgão de primeiro grau que decida a causa em única ou última instância e, no entanto, o Juízo silencia a respeito. Cumpre à parte, então, opor embargos de declaração, a fim de obter pronunciamento sobre a matéria ventilada e, assim, satisfazer o requisito do prequestionamento, para então poder interpor eventual recurso especial ou extraordinário. É o que se extrai do teor da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal: “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

O problema surge quando, no julgamento dos embargos declaratórios, o Juízo deixa, novamente, de se pronunciar sobre a questão suscitada. É que, diante deste quadro, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça trazem soluções diversas, quiçá contraditórias.

Com efeito, a interpretação que o Supremo Tribunal Federal tem conferido à supramencionada Súmula 356 é a de que a oposição, pela parte, de embargos declaratórios com o fito de prequestionar a matéria supre a ausência de manifestação na decisão recorrida sobre ela, não importando se o órgão *a quo* os acolheu ou rejeitou. Trata-se do chamado prequestionamento ficto.

É o que se infere do seguinte trecho de aresto emanado do Pretório Excelso:

“I – RE: Prequestionamento: Súmula 356. O que, a teor da Súmula 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, desde logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela”<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 210638-SP, da 1ª Turma, relator: ministro Sepúlveda Pertence, data de julgamento: 14/04/1998, data da publicação: 19/06/1998. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=210638&origem=IT&cod\\_classe=437](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=210638&origem=IT&cod_classe=437)>.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, não considera a matéria prequestionada pelo simples fato de serem opostos embargos declaratórios com este fim pela parte, conforme se depreende do teor da Súmula 211 da Corte: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Dessa forma, persistindo o vício, cumpre à parte interpor recurso especial, alegando negativa de vigência ao artigo 535 do Código de Processo Civil, a fim de que o Superior Tribunal de Justiça, caso entenda que o tribunal *a quo* realmente incorreu em omissão, contradição ou obscuridade, casse o acórdão por ele proferido e imponha-lhe novo julgamento, que trate devidamente da questão federal suscitada.

Após o tribunal *a quo* pronunciar-se sobre a matéria, aí sim caberá novo recurso especial para impugná-la, caso, logicamente, ainda haja interesse recursal da parte.

Nelson NERY JUNIOR considera mais correto o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto a esta questão:

“O fato é que o STF não pode conhecer e julgar pelo mérito RE, interposto quanto a questão não decidida pela instância ordinária, mesmo sob pretexto de que o tribunal não a julgou, mas foram interpostos EDcl prequestionadores. A CF 102 III exige, para a admissibilidade do RE, que o recurso diga respeito a causa *decidida*. O STF, bem como o STJ, quando julgam o RE e o Resp, são órgão ‘revisores’ dos atos das instâncias ordinárias. Não basta que o tribunal tenha podido julgar a questão – que é o que ocorre quando interpostos EDcl: ele tem de, efetivamente, ter julgado, decidido, a questão. Só a questão ‘decidida’ é que pode ser objeto de RE ou de Resp”<sup>34</sup>.

De toda sorte, há que se atentar ao fato de que é problemática esta profunda diferença de entendimento, acerca dos embargos declaratórios prequestionadores, entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, Cortes investidas das importantes funções de guardiãs do direito federal constitucional e infraconstitucional, respectivamente. Saliente-se que tais posicionamentos díspares são objeto de súmulas, que têm objetivo de conferir segurança jurídica acerca das matérias das quais tratam<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 4, p. 863.

<sup>35</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos tribunais superiores. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*

Ademais, os enunciados das mencionadas Cortes têm adquirido relevo cada vez maior no direito processual civil brasileiro, a exemplo do que se deu com a Lei 9.756/98 e recente Lei 11.276/2006.

Seria ideal que o Supremo Tribunal Federal decidisse qual o sentido da expressão “causa decidida”, contida nos artigos 102, III e 105, III da Constituição Federal, e qual a influência que ela deve ter no conhecimento ou não dos recursos excepcionais. Com efeito, as hipóteses de cabimento de tais recursos somente podem ser previstas na Constituição Federal e ao Supremo Tribunal Federal cabe a interpretação e guarda de seus dispositivos<sup>36</sup>.

Por fim, impende ressaltar que não pode a parte levantar questão federal ou constitucional pela primeira vez em sede de embargos declaratórios, pretendendo submetê-la à apreciação das Cortes Superiores. Neste caso, a decisão recorrida não terá incorrido em omissão, pois não pode o julgador pronunciar-se a respeito de matéria não suscitada na fase recursal, salvo se for cognoscível de ofício.

## 2.4 DEMONSTRAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL AVENTADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A Emenda Constitucional n° 45/2004 acrescentou ao artigo 102 da Constituição Federal, que trata da competência do Supremo Tribunal Federal, o § 3º, com a seguinte redação: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

---

*cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 4, p. 200.

<sup>36</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. De volta ao prequestionamento – duas reflexões sobre o RE 298.695-SP. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8, 82-84.

Depreende-se da redação do recente dispositivo que a inadmissão do recurso extraordinário com base na falta de demonstração, pelo requerente, do atendimento a esse requisito, somente pode ocorrer em decisão do Plenário da Corte<sup>37</sup>.

Dessa forma, e tendo em vista que o *quorum* previsto na Carta Magna é para realizar juízo negativo, e não positivo, de admissibilidade, entende Fredie DIDIER JÚNIOR que é possível a Turma competente para o julgamento do recurso dele conhecer, sem remeter os autos previamente ao Plenário, por considerar preenchido o requisito relativo à repercussão geral. Nessa linha, apenas se o órgão fracionário reputar estar ausente o pressuposto deve submeter a questão ao plenário<sup>38</sup>.

Impende notar que o dispositivo em comento atribui à lei a função de delimitar o que se deve entender por “repercussão geral”. Tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 6648/2006, tratando do tema.

De toda sorte, Luiz Manoel GOMES JÚNIOR procura estabelecer um significado para essa expressão:

“A nosso ver, haverá repercussão em determinada causa/questão quando os reflexos da decisão a ser prolatada não se limitarem apenas aos litigantes, mas também à coletividade. Não necessariamente a toda coletividade (país), mas de uma forma não individual, não limitado às partes”<sup>39</sup>.

O eminente jurista cita, ainda, alguns exemplos de questões por ele consideradas como de repercussão geral. Geram, segundo seu entendimento, relevantes reflexos econômicos para esse efeito as decisões que têm o condão de criar precedente, ao declarar um direito que pode, posteriormente, vir a ser reivindicado por uma grande quantidade de pessoas. Questões envolvendo relevante interesse social, por sua vez, são as ligadas à noção de “bem comum”. Já as decisões que alteram política econômica ou diretriz governamental de qualquer das esferas de governo

<sup>37</sup> Em sentido contrário: BERMUDEZ, Sérgio. *A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 57. Posiciona-se o autor no sentido de que a expressão “tribunal” existente no dispositivo deve ser interpretada como órgão da Corte competente para o julgamento do recurso, pelo que a turma é competente para apreciar a questão da repercussão geral da matéria.

<sup>38</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10, pp. 112-113.

<sup>39</sup> JÚNIOR, Luiz Manoel Gomes. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário – EC 45. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10, p. 283.

(federal, estadual ou municipal) ou, ainda, que deixam de aplicar tratado internacional geram reflexos políticos. Os reflexos sociais podem ser observados em decisões que modificam situação de fato de diversas pessoas. E, por fim, têm importante repercussão geral jurídica, segundo o autor, as decisões que destoam da jurisprudência dominante ou sumulada pelo Supremo Tribunal Federal e as cuja interpretação é aberrante ou absurda, em evidente confronto com a Constituição Federal<sup>40</sup>.

Todavia, os eméritos processualistas Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART salientam que, ainda que a lei procure estabelecer o que deve ser entendido por questão constitucional de repercussão geral, caberá ao Supremo Tribunal Federal esclarecer com exatidão o significado desse novo requisito, através de suas decisões. Ademais, asseveram os mestres que não será possível criar uma fórmula abstrata, que sirva a todos os casos, devendo a existência ou não de repercussão geral ser analisada diante das circunstâncias concretas que envolvam a questão constitucional aventada<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> JÚNIOR, Luiz Manoel Gomes. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário – EC 45. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10, pp. 284-285.

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Manual do Processo de conhecimento*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 558.

### 3. A DEVOLUTIVIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

#### 3.1 CONCEITO DE EFEITO DEVOLUTIVO

O efeito devolutivo é manifestação do princípio dispositivo, segundo o qual “o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes (*iudex iudicare debet allegata et probata partium*), sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes”<sup>42</sup>.

Este efeito está presente em todos os recursos, os quais transferem ao órgão competente para julgá-los o conhecimento da matéria impugnada. Vale dizer, ao decidir o apelo o Juízo *ad quem* está adstrito ao pedido formulado nas razões recursais.

Quanto às preliminares porventura suscitadas nas contra-razões, estas não integram o efeito devolutivo do recurso; tratando-se de questões de ordem pública, podem – e devem – ser conhecidas pelo órgão *ad quem*, porém em virtude de um outro efeito: o translativo.

O sistema processual brasileiro não admite a *reformatio in pejus*<sup>43</sup>, proibição que está intimamente ligada ao efeito devolutivo, pois, ao recorrer, a parte visa a obter uma situação mais vantajosa do que a conferida pela decisão impugnada. Assim, se contra a decisão proferida pelo órgão *a quo* apenas uma das partes recorreu, o Juízo *ad quem* somente pode julgar o feito dentro dos limites do que lhe foi pleiteado, aferindo a pertinência ou não das alegações do recorrente. Nesse diapasão, é defeso ao magistrado proferir decisão que o prejudique ainda mais, concedendo ao recorrido, que nada pediu em sede de recurso, vantagem alguma.

Impende ressaltar, ainda, que a caracterização do efeito devolutivo independe de a decisão que se pretende reformar ser submetida à apreciação de órgão jurisdicional diverso do que a proferiu.

---

<sup>42</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1, p. 61.

<sup>43</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 183: “(...) a proibição da *reformatio in peius* tem por objetivo evitar que o tribunal destinatário do recurso possa decidir de modo a piorar a situação do recorrente, ou porque extrapole o âmbito de devolutividade fixado com a interposição do recurso, ou, ainda, em virtude de não haver recurso da parte contrária”.

Também não é imprescindível que a matéria impugnada seja de mérito; todo e qualquer recurso, conforme asseverado, é investido do efeito devolutivo, pois, para que este se configure, basta que a decisão impugnada seja submetida a reexame.

Por fim, sobreleva ressaltar que do efeito devolutivo decorre o prolongamento do procedimento, pois enquanto pender recurso no processo fica obstada a formação da coisa julgada material que, segundo os ensinamentos de Ovídio Araújo Baptista da SILVA<sup>44</sup>, é a “estabilidade que torna a sentença indiscutível entre as partes, impedindo que os juízes dos processos futuros novamente se pronunciem sobre aquilo que fora decidido (...)”.

### 3.2 O EFEITO DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Consoante observado, os recursos excepcionais possuem fundamentação vinculada, já que somente é possibilitado seu manejo se o recorrente alegar que a decisão atacada incorreu em uma das hipóteses do artigo 102, III, ou do artigo 105, III da Constituição Federal, conforme se trate de recurso extraordinário ou especial.

Evidencia-se, assim, o fato de que o âmbito de devolutividade de tais apelos é bastante restrito, pois somente as questões envolvendo direito federal constitucional ou infraconstitucional podem ser reexaminadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça (desde que, logicamente, estejam presentes todos os pressupostos de admissibilidade).

Não se pode olvidar que as Cortes Superiores não se tratam de terceiro e quarto graus de jurisdição e tais recursos não são apenas mais dois meios ordinários de impugnação às decisões judiciais.

Neste passo, não se recorre por meio de recurso excepcional pretendendo, tão-somente, a correção de eventual erro ou injustiça que tenha sido cometida na decisão prolatada pelo juiz *a quo*; somente os erros que importem violação da lei federal ou da

---

<sup>44</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1, p. 481.

Constituição da República são passíveis de serem remediados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>45</sup>.

### 3.2.1 Impossibilidade de Mera Revisão da Matéria Fática

O âmbito de devolutividade dos recursos especial e extraordinário, conforme já observado, é restrito às questões de direito, suscitadas nos termos dos permissivos constantes dos artigos 102, III e 105, III da Constituição Federal.

A matéria fática presume-se já dirimida pelas instâncias ordinárias; de outro modo, estar-se-ia transformando o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal em terceira e quarta instâncias e retirando o caráter de excepcionalidade de que gozam os citados recursos, cuja função precípua é a garantia da unidade e integridade do direito federal, constitucional e infraconstitucional.

Nessa esteira, observe-se o entendimento de Rodolfo de Camargo MANCUSO:

“Compreende-se que os recursos excepcionais não sejam vocacionados à mera *revisão da matéria de fato*: é que a indigitada injustiça daí defluente teria por causa uma má subsunção do fato à norma, erronia corrigível pelos recursos comuns; ao passo que o móvel dos recursos extraordinário e especial se restringe à readequação do julgado recorrido aos parâmetros constitucionais ou do direito federal, respectivamente”<sup>46</sup>.

Deste modo, o recurso excepcional somente pode ser interposto a fim de argüir ofensa à lei federal ou à Constituição da República, sendo impossível seu manejo sob o fundamento de que o órgão *a quo* não apreciou de forma correta a matéria fática discutida nos autos.

Conseqüentemente, não cabe recurso excepcional se a questão aventada apenas acarretar o reexame de fatos já apreciados pelas instâncias ordinárias, tais como a reavaliação das provas e a interpretação de cláusulas contratuais.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Saliente-se que tais Cortes não são apenas de cassação, pois ao julgarem o recurso, não determinam, simplesmente, que o órgão *a quo* profira outra decisão em lugar da recorrida, mas a substituem por outra, na qual aplicam o direito à espécie.

<sup>46</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 115.

<sup>47</sup> Nesse sentido, a Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”; Súmula 454 do STF: “Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”; Súmula 5 do STJ: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja



Ocorre que nem sempre é fácil distinguir-se questão de fato e de direito. É o que leciona Teresa Arruda Alvim WAMBIER:

“(...) o que se pode dizer é que se, de um lado, o fenômeno jurídico envolve necessariamente fato/direito, a nosso ver, pode-se falar em *questões* que sejam *predominantemente* de fato e *predominantemente* de direito, ou seja, o *fenômeno jurídico é de fato e é direito*, mas o problema pode estar girando em torno do aspecto fático ou em torno do aspecto jurídico. Queremos com isso dizer que, embora indubitavelmente o fenômeno jurídico não ocorra senão diante de fato e de norma, o aspecto problemático desse fenômeno pode estar lá ou cá”<sup>48</sup>.

Partindo dessa premissa, faz-se necessária uma distinção entre o mero reexame da matéria fática e a atribuição da correta qualificação jurídica aos fatos. Aquele diz respeito à reapreciação do conjunto probatório, o que é vedado nos recursos de índole excepcional; por outro lado, esta se trata de questão de direito, sendo, pois, passível de conhecimento pelas Cortes Superiores.

É que há casos em que o magistrado, partindo da questão fática já apreciada, a subsume a norma jurídica inaplicável à espécie, ou interpreta a lei que efetivamente deveria incidir de forma incorreta. Em hipóteses tais, é cabível recurso excepcional, no qual o órgão *ad quem* julga se dos fatos retratados na decisão atacada chega-se à consequência jurídica dela constante.

Nesse sentido é a seguinte ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso especial. Admissibilidade, tratando-se de dar a um contrato sua exata qualificação jurídica, não se controvertendo quanto ao respectivo conteúdo ou relativamente a intenção das partes. Mútuo – troca. A entrega de dez mil sacas de soja, para recebimento de quinze mil, alguns meses após, qualifica-se como mútuo e não troca. O acréscimo representa juros, incidindo o disposto no Dec. 22.626”<sup>49</sup>.

Da mesma forma, questões relativas à prova podem ser predominantemente de fato ou de direito. A apreciação que o magistrado faz, de acordo com seu livre

---

recurso especial”; e Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

<sup>48</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. In *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 449.

<sup>49</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 44.456/RS, da 3ª Turma, relator: Ministro Eduardo Ribeiro, data do julgamento: 22/03/1994, data da publicação: 16/05/1994. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jurlmagem/frame.asp?registro=199400052634&data=16/05/1994>>.

convencimento, do conjunto probatório, é matéria eminentemente fática, não desafiando recurso excepcional. De outro lado, se o juiz incorreu em erro ao aplicar a lei sobre a prova, está-se diante de questão predominantemente de direito, pelo que cabível, neste caso, recurso especial ou extraordinário.

Assim, se o magistrado julga uma ação que verse sobre contrato cujo valor exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país com base apenas em prova testemunhal, comete erro de direito. Caberá, nesta hipótese, recurso especial em virtude de ter sido violado o comando do artigo 401 do Código de Processo Civil.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não podem, originariamente, avaliar prova que não tenha sido apreciada pelo Juízo *a quo* por tê-la considerado, de forma errônea, inadmissível. Em casos tais, as Cortes Superiores devem se limitar a apontar a violação à lei ou à Constituição Federal ocorrida e determinar que o julgador o faça, em nova decisão<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. Orientação: Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 285-286.

#### 4. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Antes de se adentrar no exame do mérito dos recursos, é preciso que seja verificada a presença dos respectivos requisitos de admissibilidade.

A essa atividade do magistrado, na qual não se faz qualquer juízo de valor acerca da pertinência ou não do pedido do recorrente, chama-se juízo de admissibilidade do recurso. Caso este seja negativo, por se vislumbrar a ausência de um ou alguns destes requisitos prévios, o órgão *ad quem* não chegará a apreciar o mérito recursal; em sendo positivo, este será analisado e o apelo poderá ser provido ou desprovido.

Cumpra salientar que os recursos excepcionais possuem um sistema de admissibilidade desdobrado entre o Juízo *a quo* e o *ad quem*. Naquele, incumbe ao presidente ou vice-presidente do tribunal competente, de acordo com determinação do respectivo regimento interno, o exame de admissibilidade dos recursos excepcionais, ao passo que neste último, a realização de tal juízo cabe ao Ministro Relator do apelo ou à Turma à qual está ele vinculado. É o que se verá adiante.

##### 4.1 NATUREZA JURÍDICA DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O juízo de admissibilidade destina-se a verificar a existência ou inexistência de certos requisitos prévios e indispensáveis ao exame do mérito dos recursos. Sua natureza é declaratória, tendo em vista que o órgão jurisdicional competente para exercer tal juízo, ao fazê-lo, apenas reconhece ou não a presença, no caso, de todos os requisitos de admissibilidade do recurso<sup>51</sup>.

Uma vez assentada a natureza declaratória do juízo de admissibilidade, discute-se se, por tal razão, os efeitos dessa decisão operariam efeitos *ex tunc*. Se, por um lado, a presença ou ausência dos requisitos de admissibilidade do recurso é anterior à manifestação do julgador sobre este aspecto, não é possível ignorar as consequências deletérias que adviriam desse entendimento.

---

<sup>51</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 130.

É que, ao se admitir tal posicionamento, chega-se à conclusão de que, interposto um recurso que não preenche os respectivos requisitos de admissibilidade, a decisão por ele atacada transitará em julgado, sem que o recorrente sequer tenha ciência deste fato. Assim, se o juízo de admissibilidade do apelo não for feito no prazo de dois anos, situação comum nos tribunais pátrios, o recorrente perderá o prazo para propositura de ação rescisória, ficando, pois, inatacável a formação da coisa julgada.

Diante da possibilidade de surgir tal consequência desastrosa para a realidade do Poder Judiciário Brasileiro, formou-se uma corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de flexibilizar a retroatividade decorrente da natureza declaratória do juízo de admissibilidade, a fim de que o efeito *ex tunc* seja reconhecido somente em alguns casos.

Adeptos desse posicionamento, Flávio Cheim JORGE e Marcelo Abelha RODRIGUES sustentam que as situações nas quais o juízo de admissibilidade deve ter efeitos *ex tunc* são: a manifesta intempestividade do recurso, a ausência de preparo e a desistência do apelo (neste último caso, os efeitos serão produzidos a partir do momento em que é exteriorizada). Segundo os eminentes autores, em tais hipóteses é justificável o reconhecimento dos efeitos retroativos do juízo de admissibilidade em virtude de a manifesta intempestividade do apelo e a ausência de preparo serem aferíveis objetivamente. Se, contudo, a verificação da ausência destes requisitos ensejar dúvida, deverá operar efeitos *ex nunc*<sup>52</sup>.

Quanto à desistência, o fato de não haver necessidade de decisão que a reconheça possibilita que produza efeitos desde logo.

#### 4.2 O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM

Os recursos são, em regra, interpostos perante o órgão *a quo*, o qual exerce provisoriamente o juízo de admissibilidade; a exceção é o agravo de instrumento, interposto diretamente perante o Juízo *ad quem*.

---

<sup>52</sup>JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coord. Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. Vários colaboradores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 5, pp. 234-235.

Da mesma forma, os recursos excepcionais são interpostos perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida<sup>53</sup>, cabendo ao presidente ou vice-presidente da Corte, conforme dispuser o respectivo Regimento Interno, exercer o juízo de admissibilidade<sup>54</sup>, em decisão devidamente fundamentada.

Segundo Gleydson Kleber Lopes de OLIVEIRA, nesse primeiro juízo de admissibilidade deve ser verificada a existência ou não dos requisitos genéricos e específicos de admissibilidade do recurso excepcional. Entende o autor que é defeso ao presidente ou vice-presidente do tribunal fazer qualquer exame relativo ao mérito recursal, pois esta função é atribuída pela Constituição Federal com exclusividade ao Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de recurso especial (e ao Supremo Tribunal Federal, logicamente, na hipótese de recurso extraordinário)<sup>55</sup>.

Atente-se, ainda, para o teor da Súmula 123 do Superior Tribunal de Justiça: “A decisão que admite, ou não, o recurso especial, deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais”.

Em sentido contrário, assevera Mantovanni Colares CAVALCANTE<sup>56</sup> que não só os requisitos genéricos de admissibilidade devem ser apreciados neste momento, mas também o enquadramento do recurso a um dos permissivos constitucionais, o que, de acordo com ele, somente pode ser feito através da apreciação do mérito recursal.

Destaque-se, por fim, que o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais exercido pelo órgão *a quo* não vincula o *ad quem*. Vale dizer, ainda que aquele tenha admitido o recurso extremo, este pode declarar a ausência de alguns dos requisitos de admissibilidade e, conseqüentemente, deixar de conhecer do apelo. Da mesma forma, se o juízo de admissibilidade exercido pelo tribunal de origem for negativo, pode o recorrente interpor agravo de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça ou o

<sup>53</sup> Não se olvide que o recurso extraordinário pode ser interposto contra decisão de primeira instância, hipótese na qual o apelo será apresentado perante o próprio juiz singular.

<sup>54</sup> *Caput* do Artigo 541 do Código de Processo Civil: “O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão: I – a exposição do fato e do direito; II – a demonstração do cabimento do recurso interposto; III – as razões do pedido de reforma da decisão recorrida”.

<sup>55</sup> OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. Orientação: Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 345.

<sup>56</sup> CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 122-123.

Supremo Tribunal Federal, conforme o caso, pugnando pelo recebimento do recurso especial ou extraordinário<sup>57</sup>.

A petição de agravo deve ser dirigida ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem e, após a intimação do agravado para apresentar contra-razões, sobe à Corte superior competente para o julgamento.

#### 4.3 O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE EXERCIDO PELO RELATOR

A lei processual prevê hipóteses nas quais o Ministro Relator exerce, em caráter monocrático, o juízo de admissibilidade do recurso excepcional e do agravo de instrumento interposto contra a decisão do tribunal *a quo* que inadmitiu recurso especial ou extraordinário.

O agravo de instrumento, referido no item anterior, após subir ao tribunal superior é distribuído a um relator. Segundo permissivo constante do § 3º do artigo 544 do Código de Processo Civil, este pode dele conhecer e até mesmo dar provimento ao próprio recurso especial, se a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; ou, ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito recursal, pode determinar sua conversão em recurso especial.

O § 4º do mesmo artigo, por sua vez, estabelece que tais procedimentos podem também ser adotados em relação a agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, desde que não haja na mesma causa recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar<sup>58</sup>.

O recurso excepcional, já admitido pelo órgão *a quo* e o agravo de instrumento por meio do qual se busca a admissão daquele, assim como todos os recursos, podem ter seu seguimento negado pelo relator ao qual forem distribuídos, se este os

---

<sup>57</sup> *Caput* do Artigo 544 do Código de Processo Civil: “Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso”.

<sup>58</sup> Registre-se que a regra é que o recurso especial seja julgado antes do extraordinário interposto na mesma causa; a exceção é a prevista no § 2º do artigo 543 do Código de Processo Civil.

considerar manifestamente inadmissíveis, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil<sup>59</sup>.

Ainda, contra esta decisão monocrática cabe agravo nominado ao órgão competente para o julgamento do recurso, conforme a previsão do § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil. Interposto tal recurso, pode o relator retratar-se; se, entretanto, não o fizer, deverá apresentar os autos em mesa, submetendo-os ao julgamento do colegiado.

#### 4.4 O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE EXERCIDO PELA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL OU DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DO RECURSO

A última hipótese na qual pode ser exercido o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais é no julgamento destes pelo órgão colegiado competente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

Evidencia-se, pois, o fato de que atualmente a Turma responsável pelo julgamento do recurso excepcional só exerce sobre ele o juízo de admissibilidade quando não for cabível ao caso o *caput* ou o § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, ou quando for interposto o agravo nominado de que trata o § 1º do mesmo artigo, quando então caberá ao órgão colegiado a análise da admissibilidade do apelo.

---

<sup>59</sup> Tal dispositivo também autoriza que o relator negue seguimento a recurso manifestamente improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, ou, ainda, que dê provimento a recurso voltado contra decisão em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

## 5. EXECUÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA NA PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE RECURSO EXCEPCIONAL

### 5.1 ESPÉCIES DE EXECUÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Depreende-se da leitura dos artigos 587 e 475-I, § 1º (inserido pela Lei 11.232/2005) do Código de Processo Civil, a previsão de duas espécies de execução: a definitiva, fundada em título executivo extrajudicial ou em sentença transitada em julgado e a provisória, baseada em sentença contra a qual pende recurso recebido apenas no efeito devolutivo.

A maior parte dos recursos suspende os efeitos da decisão por eles impugnada, pelo que, em regra, a execução somente tem início quando há no processo decisão passada em julgado, imutável. Nesta hipótese, a execução é definitiva.

Quanto à execução baseada em título executivo extrajudicial, impende tecer algumas considerações.

Em princípio, é ela definitiva, consoante o disposto no artigo 587 do Código de Processo Civil. Ocorre que a oposição de embargos do devedor suspende a execução e, caso estes sejam rejeitados liminarmente ou julgados improcedentes, pode o embargante interpor recurso de apelação, o qual será recebido somente no efeito devolutivo, conforme preceitua o artigo 520, V do Código de Processo Civil.

Isto significa que, a partir deste momento, a execução volta a ser realizada, embora penda apelação em face da decisão que rejeitou os embargos do devedor.

Tal situação é passível de gerar dúvidas acerca de suposta transformação da execução definitiva em provisória.

Sobre esta questão, argumenta Humberto THEODORO JÚNIOR que:

“(...) uma vez interpostos embargos do devedor, o título extrajudicial torna-se litigioso. Daí em diante, mesmo que o recurso não tenha efeito suspensivo, não se poderia mais cogitar de execução definitiva, porque a sua base jurídica, que é o título do credor, teria passado à instabilidade própria das relações jurídicas na dependência de pronunciamento judicial”<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 2, p. 85.



Nada obstante, prevaleceu na jurisprudência o entendimento, atualmente assentado na Súmula 317 do Superior Tribunal de Justiça, de que a execução que se faz em mencionada hipótese é definitiva. Os eminentes autores Luiz Rodrigues WAMBIER, Flávio Renato Correia de ALMEIDA e Eduardo TALAMINI apontam as razões pelas quais tal posicionamento acabou por ser pacificado:

“(I) se já era definitiva no início, seria ilógico que depois, quando inclusive já houvesse sentença rejeitando os argumentos do devedor, ela se tornasse provisória apenas porque pende recurso; (II) o que a embasa continua sendo o título executivo extrajudicial apresentado no início, e não a sentença dos embargos”<sup>61</sup>.

No mesmo sentido, salienta o ilustre processualista Edson Ribas MALACHINI:

“A apelação (interposta contra sentença que rejeita os embargos) nada tem a ver com a sentença exeqüenda (que já transitara em julgado), quando de execução de sentença se trata; tampouco com o título executivo extrajudicial, que vale por si próprio e não depende de ser reconhecido em sentença para que a execução prossiga. Ao inverso, o que a sentença pode fazer é parar a execução, definitivamente, se julgar procedentes os embargos, reconhecendo, por exemplo, a inexigibilidade do título; e se os julgar improcedentes (ou os rejeitar sem julgamento de mérito) essa sentença será declaratória negativa, não contendo nada executável, que pudesse ser suspenso se a apelação não tivesse efeito meramente devolutivo”<sup>62</sup>.

Humberto THEODORO JÚNIOR, embora sustentasse, conforme observado, ser provisória a execução de título extrajudicial realizada na pendência de apelação desprovida de efeito suspensivo contra a sentença que rejeitou os embargos, acabou por reconhecer que, diante das inovações trazidas pela Lei 10.444/2002, as quais foram mantidas pela recente Lei 11.232/2005, não haveria mais razão para insistir nesse entendimento. É que referida lei alterou substancialmente o sistema da execução provisória, de modo a permitir a realização de atos que importam alienação de domínio,

<sup>61</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. 8. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2: processo de execução, p. 142.

<sup>62</sup> MALACHINI, Edson Ribas; ASSIS, Araken de. *Comentários ao código de processo civil*. Coord. Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 10: do processo de execução, arts. 736 a 795, p. 739.

hipótese em que, reformada a sentença, o direito do executado se resolve em perdas e danos<sup>63</sup>.

Retornando-se à análise da execução de título judicial, cumpre salientar que, embora, como dito, a maioria dos recursos seja dotada de efeito suspensivo, há alguns que são recebidos tão-somente no efeito devolutivo, por força de lei. A título exemplificativo, pode-se citar a apelação nas hipóteses dos incisos do artigo 520 do Código de Processo Civil, bem como o recurso extraordinário e o especial, que são temas do presente trabalho.

Reza o artigo 475-O do Código de Processo Civil que a execução provisória é realizada, no que couber, da mesma forma que a definitiva, devendo-se, contudo, observar determinadas normas que lhe são peculiares. Tais regras justificam-se na medida em que a decisão sobre a qual se funda a execução pode ser reformada ou anulada.

A execução fundada em sentença provisória somente pode ser iniciada a requerimento da parte, conforme reza o inciso II do artigo 475-O. A impossibilidade de ser-lhe dado impulso de ofício é de salutar importância, tendo em vista que o exeqüente assume o risco de executar título ainda provisório, ficando obrigado a reparar eventuais prejuízos causados ao executado. Ademais, essa responsabilidade é objetiva<sup>64</sup>.

Por tal razão, o Código de Processo Civil, em seu artigo 475-O, III exige a prestação de caução idônea na hipótese de ser levantado depósito em dinheiro ou de serem praticados atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado.

Contudo, impende salientar que o § 2º do artigo 475-O do Código de Processo Civil dispensa a prestação de caução pelo exeqüente, em relação a créditos de natureza alimentar ou decorrentes de ato ilícito, no valor de até sessenta vezes o salário mínimo, quando ele demonstrar situação de necessidade, bem como quando apenas pender agravo de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça ou para o

---

<sup>63</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 2, p. 86.

<sup>64</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. 8. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2: processo de execução, pp. 140-141.

Supremo Tribunal Federal, salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

Na hipótese de ser modificada ou anulada a decisão provisória que vinha sendo executada, fica sem efeito a execução e as partes devem ser restituídas ao seu estado anterior. Se apenas parte da decisão for reformada ou cassada, apenas nesta a execução fica sem efeito. Eventuais prejuízos sofridos com a execução são liquidados nos mesmos autos.

No caso de a decisão sobre a qual a se fundou a execução provisória ser reformada ou anulada, se houver sido arrematado por terceiro um bem penhorado, tal alienação deverá ser desfeita e o arrematante, ressarcido pelo exeqüente, no valor pago pela aquisição e eventuais despesas que tenha tido em virtude desta. Essa é, segundo Luiz Rodrigues WAMBIER, Flávio Renato Correia de ALMEIDA e Eduardo TALAMINI, a solução que se extrai do teor do artigo 686 do Código de Processo Civil<sup>65</sup>.

Segundo o citado dispositivo, o edital da hasta pública deve mencionar a existência de recurso pendente, para que eventuais interessados na arrematação do bem em questão tenham ciência do risco do desfazimento da arrematação.

Contudo, há autores que manifestam posicionamento em sentido diverso. Ernane Fidélis dos SANTOS, embora reconheça que a conclusão acima anotada é a que decorre do disposto no artigo 686, V do Código de Processo Civil, assevera que:

“Há uma dúvida que, na verdade, irá surgir quanto a situação. O fato de constar do edital a circunstância de haver sentença passível de recurso e que pode fazer retorno ao *status quo ante* poderá causar desinteresse na arrematação, a ponto de implicar desvalorização do bem para tal fim. Neste caso, não será excessiva a interpretação de que, se a execução provisória deve seguir, em tudo por tudo, a definitiva, a expropriação do bem também sempre o fará, servindo a caução apenas para garantia do devedor, mas nunca revertendo o ato alienatório. Talvez seja esta a melhor conclusão para que a execução provisória tenha sua completa efetividade”<sup>66</sup>.

E, ainda segundo o ilustre autor, caso se adote a tese segundo a qual a alienação em hasta pública de bem penhorado a terceiro possa ser desfeita, na

---

<sup>65</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. 8. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2: processo de execução, p.141.

<sup>66</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 89.

hipótese de o respectivo edital ter sido omissivo quanto à pendência de recurso, o terceiro poderá, alegando boa-fé, eximir-se da devolução do bem ao executado. Neste caso, incumbirá ao credor ressarcir-lo<sup>67</sup>.

Finalmente, se a decisão provisoriamente executada for confirmada no julgamento do recurso que se encontrava pendente, a execução transforma-se, automaticamente, em definitiva.

## 5.2 ESPÉCIE DA EXECUÇÃO PROMOVIDA NA PENDÊNCIA DE RECURSO EXCEPCIONAL

À época em que vigorava o Código de Processo Civil de 1939, a jurisprudência dividia-se quanto à questão da definitividade ou provisoriedade da execução feita na pendência de recurso extraordinário (atualmente desdobrado em recurso especial e extraordinário).

O posicionamento dominante era o de que a referida execução tinha caráter definitivo, entendimento este que foi assentado na súmula 228 do Supremo Tribunal Federal<sup>68</sup>. Todavia, havia uma corrente minoritária que defendia a tese de que tal hipótese tratava-se de execução provisória, da qual fazia parte o ilustre processualista Pontes de MIRANDA, que assim afirmava:

“A revista e o recurso extraordinário não têm o efeito suspensivo. Por isso mesmo, se a decisão revistanda, ou de que se recorre extraordinariamente, poderia ser executada se houvesse passado em julgado (art. 882, I), tem por si a permissão da execução provisória”<sup>69</sup>.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973 restou superada a mencionada polêmica, já que há diversos dispositivos neste Diploma que apontam, de

---

<sup>67</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 89.

<sup>68</sup> Súmula 228 do Supremo Tribunal Federal: “Não é provisória a execução na pendência de recurso extraordinário, ou de agravo destinado a fazê-lo admitir”.

<sup>69</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961, tomo XIII, p. 48.

maneira incontestada, para a provisoriedade do título impugnado por recurso excepcional<sup>70</sup>.

Com efeito, reza o artigo 467, tratando da coisa julgada, que “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”; ao passo que o § 2º do artigo 542, incluído pela Lei nº 8.950/1994, dispõe que “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. Por seu turno, o artigo 587 torna clara a espécie de execução realizada na pendência de recurso especial e extraordinário, ao estabelecer que “A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”.

Ainda assim, contudo, há quem sustente que seria mais correta a adoção do entendimento contrário. Nesse sentido, afirmam Theotonio NEGRÃO e José Roberto Ferreira GOUVÊA:

“Seria preferível dar como definitiva a execução na pendência de recurso especial ou extraordinário. Se qualquer deles fosse provido, ficaria sem efeito a execução realizada na sua pendência, naquilo em que fosse incompatível com seu provimento; mas, se fosse excessivamente onerosa para o vencido a restituição das coisas ao estado anterior, sujeitar-se-ia unicamente à composição de perdas e danos, pelo processo da liquidação por arbitramento, respondendo solidariamente pelos prejuízos seu sucessor a qualquer título”<sup>71</sup>.

De toda sorte, é certo que atualmente encontra-se superada tal discussão, prevalecendo a idéia de que a execução de que ora se trata é provisória. Nas palavras de Rodolfo de Camargo MANCUSO, “A natureza provisória da execução, na pendência de recursos do tipo excepcional deflui, de resto, da análise sistemática dos dispositivos de regência do CPC (...)”<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> É oportuno mencionar que não será analisada no presente trabalho, uma vez que se encontra fora de seus limites, a questão atinente à execução de sentença na pendência de agravo de instrumento interposto em face de decisão denegatória de seguimento a recurso especial ou extraordinário, diante da inserção, pela Lei nº 11.232/2005, do artigo 475-O, § 2º, II no Código de Processo Civil.

<sup>71</sup> NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. atual. até 10 de fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005, nota 1a ao artigo 497, p. 560.

<sup>72</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 133.

## 6. MANDADO DE SEGURANÇA

### 6.1 CONCEITUAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO MANDADO DE SEGURANÇA

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIX, prevê um meio constitucional, repetido pelo artigo 1º da Lei 1.533/51, de proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão por ato ilegal ou praticado com abuso de poder por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público: o mandado de segurança.

O remédio heróico pode, pois, ser repressivo de um ato ilegal já perpetrado, hipótese mais comum, ou preventivo, no caso de estar-se diante de uma ameaça a direito líquido e certo. Neste ponto, assevera Hely Lopes MEIRELLES que a via do *writ of mandamus* não estará aberta em virtude de mera suposição de uma ameaça, mas apenas diante de um ato concreto que tenha o condão de pôr em risco o direito do impetrante<sup>73</sup>.

O mandado de segurança, segundo o entendimento de Mantovanni Colares CAVALCANTE, é sempre ação civil, independentemente da natureza do ato atacado. Com efeito, ainda que seja impetrado contra decisão prolatada por juiz criminal, tratar-se-á de ação civil, eis que voltado a ordenar à autoridade apontada como coatora que faça ou deixe de fazer algo, jamais se discutindo qualquer pretensão punitiva, esta sim caracterizadora da ação penal<sup>74</sup>.

Por ser ação civil, assevera Hely Lopes MEIRELLES que o mandado de segurança enquadra-se no conceito de causa e produz todos os efeitos dos demais feitos contenciosos. Ainda, sua peculiaridade em relação às demais ações está na especificidade de seu objeto e na sumariedade de seu procedimento<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23. ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 24.

<sup>74</sup> CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de segurança*. São Paulo: Dialética: 2002, pp. 31-32.

<sup>75</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23. ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 30.

É que o impetrante deve comprovar documentalmente os fatos já na inicial, pois não se admite instrução probatória em tal procedimento e seu objetivo é obter uma tutela específica, qual seja, suprimir ou evitar a concretização do ato ilegal ou abusivo.

#### 6.1.1 Do Direito Líquido e Certo

Somente é amparado pelo mandado de segurança, nos termos do artigo 5º, LXIX da Constituição Federal e do artigo 1º da Lei 1.533/51, direito líquido e certo. Tal expressão, inserida na Constituição Federal de 1946 em substituição ao termo “direito certo e incontestável”, significa, no magistério de Pontes de MIRANDA, que “desde que, com os documentos juntos, fica patente o direito do suplicante, certo e líquido é o seu direito”<sup>76</sup>.

E continua o eminente autor: “O direito existe ou não existe; mas, existindo, pode depender de provas em dilações, e então é incerto e ilíquido”<sup>77</sup>.

Com efeito, o que a lei exige para o manejo do mandado de segurança é que os fatos alegados estejam devidamente comprovados na inicial; por tal razão é que não há instrução no procedimento. Apenas é admitida a juntada posterior de documento que se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão, quando então o juiz ordenará a exibição do aludido documento, original ou em cópia autêntica, no prazo de 10 (dez) dias. Se a autoridade que estiver em poder do documento for a apontada como coatora, a referida determinação é feita no próprio instrumento da notificação. É o que se infere do disposto no parágrafo único do artigo 6º da Lei 1.533/51.

Por fim, o direito que se pretende tutelar pode ser individual, próprio do impetrante, ou coletivo, pertencente a uma categoria representada por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, conforme previsto nas alíneas do artigo 5º, LXX, da Constituição Federal.

---

<sup>76</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, tomo V, p. 290.

<sup>77</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, tomo V, p. 291.

De acordo com Lúcia Valle FIGUEIREDO, o mandado de segurança coletivo se presta à proteção tanto dos direitos coletivos, entendidos como os concernentes a determinadas classes, quanto dos difusos, que são aqueles cujos titulares não podem ser identificados desde logo, a exemplo dos que tratam do meio ambiente. Anota a eminente autora que a Constituição Federal não traz nenhum óbice à tutela destes últimos direitos pela via do *mandamus*, embora normalmente nestas hipóteses se faça uso da ação civil pública<sup>78</sup>.

### 6.1.2 Do Ato de Autoridade

Por ato de autoridade, para efeito de impetração do *mandamus*, entende-se, segundo Hely Lopes MEIRELLES:

“toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por *autoridade* entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal”<sup>79</sup>.

Autoridade é aquela que detém poder de decisão, diferentemente dos meros agentes públicos que tão-somente praticam atos executórios, os quais não são passíveis de impugnação por tal via.

Registre-se que a Lei 1.533/51, em seu artigo 1º, § 1º, considera autoridade, para fins de mandado de segurança, além das públicas propriamente ditas, os “representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com estas funções”.

Por seu turno, os atos de particulares que exerçam atividade autorizada pelo Poder Público não são considerados emanados de autoridades, salvo quando forem

<sup>78</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 32-33.

<sup>79</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23. ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 32.



praticados no exercício de atividade delegada, de acordo com o disposto na Súmula 510 do Supremo Tribunal Federal<sup>80</sup>.

Nessa esteira, é oportuna a transcrição da seguinte ementa de julgado daquela Corte:

“ESTABELECIMENTO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR. SUBSTITUINDO O ESTADO NO QUE RESPEITA AO PROVER O ENSINO, MERECE HAVIDO COMO ENTIDADE PÚBLICA. CABIMENTO DA AÇÃO DE SEGURANÇA PARA CONTROLE DOS ATOS DE SEU DIRETOR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO PELO STF PARA SE PROCESSAR A REFERIDA AÇÃO” (sic)<sup>81</sup>.

Também em face da omissão administrativa, desde que, logicamente, dela resulte lesão a direito líquido e certo da parte, pode ser impetrado o *writ of mandamus*, a fim de que seja ela suprida.

Por fim, atualmente é pacífico o entendimento de que o mandado de segurança pode se voltar contra atos judiciais, os quais compreendem despachos, decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos. Em virtude da relevância que esta questão tem para o que se propõe no presente trabalho, será analisada separadamente, no próximo item.

#### 6.1.2.1 Mandado de Segurança Contra Ato Judicial

Atualmente, conforme já asseverado, tem sido admitida, com base em lei e na evolução jurisprudencial, a impetração do mandado de segurança contra atos judiciais.

De acordo com Calmon de PASSOS, é possível observar três fases distintas em tal evolução<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Súmula 510 do Supremo Tribunal Federal: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 68374-SP, da 2ª Turma, relator: ministro Antonio Neder, data do julgamento: 03/05/1973, data da publicação: 15/06/1973. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=68374&origem=IT&cod\\_classe=437](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=68374&origem=IT&cod_classe=437)>.

<sup>82</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. O mandado de segurança contra atos jurisdicionais: tentativa de sistematização nos cinquenta anos de sua existência. In *Revista de Processo*, São Paulo, nº 33, ano 9, jan./mar. 1984, pp. 48-49.

A primeira ocorreu anteriormente à vigência da Lei 1.533/51, época na qual muito se discutia a respeito do conceito de autoridade, a fim de se definir se o ato judicial poderia ou não ser guerreado pela via do *writ of mandamus*<sup>83</sup>.

A segunda fase, por sua vez, surgiu com a entrada em vigor da mencionada lei, quando se começou a analisar a existência de recurso cabível contra o ato judicial que viria a ser impugnado pelo mandado de segurança, para então se perquirir a possibilidade da impetração deste, já que no sistema do Código de Processo Civil de 1939 nem todas as decisões judiciais eram passíveis de recurso<sup>84</sup>.

Neste período o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 267<sup>85</sup>, que veio apenas a reiterar o disposto no artigo 5º, inciso II, da Lei 1.533/51<sup>86</sup>, nada acrescentando em sua redação.

Por fim, inaugurou-se a terceira fase, com o advento do Código de Processo Civil de 1973, cuja sistemática buscou homenagear a recorribilidade das decisões. Foi justamente nesta fase que o entendimento majoritário dos tribunais brasileiros passou a aceitar o mandado de segurança como remédio processual oponível contra atos judiciais que, embora impugnáveis por recurso específico, não possuíam meio legal de admitir os efeitos da decisão judicial<sup>87</sup>.

Colocando uma pá de cal na controvérsia, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque, julgou o recurso extraordinário nº 76.909-RS, cuja ementa tem o seguinte teor:

“AÇÃO DE SEGURANÇA FORMULADA PARA IMPUGNAR ATO JUDICIAL. É ADMISSÍVEL NO CASO EM QUE DO ATO IMPUGNADO ADVENHA DANO

<sup>83</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. O mandado de segurança contra atos jurisdicionais: tentativa de sistematização nos cinquenta anos de sua existência. *In Revista de Processo*, São Paulo, nº 33, ano 9, jan./mar. 1984, p. 49.

<sup>84</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. O mandado de segurança contra atos jurisdicionais: tentativa de sistematização nos cinquenta anos de sua existência. *In Revista de Processo*, São Paulo, nº 33, ano 9, jan./mar. 1984, pp. 49-50.

<sup>85</sup> Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção”.

<sup>86</sup> O artigo 5º, II, da Lei 1.533/51 estabelece que não se dará mandado de segurança quando se tratar “de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção”.

<sup>87</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. O mandado de segurança contra atos jurisdicionais: tentativa de sistematização nos cinquenta anos de sua existência. *In Revista de Processo*, São Paulo, nº 33, ano 9, jan./mar. 1984, pp. 49-50.

IRREPARÁVEL CABALMENTE DEMONSTRADO. 2. VOTOS VENCIDOS. 3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO MAS NÃO PROVIDO<sup>88</sup>.

Vigorava tal sistemática à época em que o recurso de agravo de instrumento não suspendia os efeitos da decisão interlocutória atacada, quando então era freqüente a utilização da ação de segurança, com pedido liminar de atribuição de efeito suspensivo ao citado recurso<sup>89</sup>.

Ocorre que com o advento da Lei 9.139/95, surgiu a possibilidade de o relator do agravo de instrumento conferir a este o almejado efeito suspensivo, nas hipóteses constantes do artigo 558 do Código de Processo Civil, cujo parágrafo único estende tal regra aos casos em que a apelação é recebida somente no efeito devolutivo, por força do disposto no artigo 520 do mesmo diploma.

A ilustre doutrinadora Teresa Arruda Alvim WAMBIER refere-se a uma quarta fase nessa evolução ocorrida quanto ao mandado de segurança impetrado contra o ato judicial, após as mencionadas mudanças no Código de Processo Civil que, em sua opinião, banalizaram o efeito suspensivo<sup>90</sup>.

Diante da possibilidade de obtenção de efeito suspensivo nos recursos de agravo e apelação, segundo o comando do artigo 558 do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir apenas excepcionalmente a impetração do *mandamus* contra ato recorrível por recurso específico, quando demonstrada a teratologia da decisão guerreada. É o que se infere da seguinte ementa de julgado recentes daquela Corte:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL SUJEITO A RECURSO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 267/STF. PRECEDENTES.

1. Na forma estabelecida no art. 5º, inciso II, da Lei n. 1.533/51, não cabe a impetração de mandado de segurança como sucedâneo de recurso legalmente cabível.

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 76.909-RS, do Tribunal Pleno, relator: ministro Xavier de Albuquerque, data do julgamento: 05/12/1973, data da publicação 15/05/1974. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=76909&origem=IT&cod\\_classe=437](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=76909&origem=IT&cod_classe=437)>.

<sup>89</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23. ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 44.

<sup>90</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O mandado de segurança contra ato judicial. In *Revista de Processo*, nº 107, ano 27, jul./set. 2002, pp. 225-227.

2. Após as inovações trazidas pela Lei n. 9.139/95, mandado de segurança contra ato judicial somente é admitido nos casos de decisão judicial teratológica.
3. "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição" (Súmula n. 267/STF).
4. Recurso ordinário não-provido"<sup>91</sup>.

Assim, observa-se que vem perdendo força no direito brasileiro a impetração de mandado de segurança contra ato judicial. O eminente autor Eduardo TALAMINI vislumbra apenas algumas hipóteses nas quais, em sua opinião, abre-se tal possibilidade. A primeira delas é nos casos em que não há recurso cabível contra a decisão; a segunda refere-se à decisão que, embora impugnável por recurso, não tem seus efeitos por ele suspensos, ou apelo cabível não propicia, de imediato, a medida por ela negada<sup>92</sup>.

Entretanto, o ilustre processualista registra que, quanto a esta segunda hipótese, há dois posicionamentos: o de que basta a impetração do *writ*, sem a necessidade de também ser interposto o recurso cabível à espécie e o de que a interposição deste, tempestivamente, é indispensável, já que o mandado de segurança serviria apenas para assegurar o resultado útil do apelo. Ainda segundo este entendimento, o manejo exclusivo do mandado de segurança afrontaria as normas relativas à preclusão, bem como o devido processo legal<sup>93</sup>.

A terceira hipótese é a impetração do *writ of mandamus* em face de omissões, as quais não são, em si mesmas, recorríveis, ao passo que a quarta é a utilização de tal via por terceiro atingido pelos efeitos do processo. Neste caso, não é exigida a interposição de recurso, de acordo com a Súmula 202 do superior Tribunal de Justiça, uma vez que o terceiro tem a faculdade, e não a obrigatoriedade, de recorrer<sup>94</sup>.

Registre-se, a título de esclarecimento, que a súmula 268 do Supremo Tribunal Federal considera inadmissível o mandado de segurança impetrado contra decisão transitada em julgado, a qual somente pode ser impugnada por ação rescisória, salvo

---

<sup>91</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso ordinário em mandado de segurança nº 18.714-PA, da 2ª Turma, relator: ministro João Otávio de Noronha, data de julgamento: 18/08/2005, data da publicação 01/02/2006. Disponível em: <[https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200401004952&dt\\_publicacao=01/02/2006](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200401004952&dt_publicacao=01/02/2006)>.

<sup>92</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 515-516.

<sup>93</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 516.

<sup>94</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 517.

na hipótese de o julgado ser “substancialmente *inexistente* ou *nulo de pleno direito*, ou não alcance o impetrante nos seus pretendidos efeitos”<sup>95</sup>.

Por fim, observa Lúcia Valle FIGUEIREDO que o mandado de segurança contra ato judicial é atípico, pois tem a função meramente acautelatória de suspender temporariamente os efeitos da decisão guerreada, ao passo que o remédio típico visa à composição final da lide havida entre a autoridade e o impetrante<sup>96</sup>.

## 6.2 LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA

A Lei 1.533/51 prevê, em seu artigo 7º, inciso II, a possibilidade da concessão de liminar, desde que seja relevante o fundamento da impetração e do ato impugnado possa resultar a ineficácia da segurança, caso seja ao final concedida.

Tal medida, conforme o mencionado dispositivo expressa, não é uma antecipação dos efeitos do provimento final, tendo função acautelatória do suposto direito do postulante, já que tem tão-somente o condão de suspender a eficácia do ato impugnado.

Saliente-se que, de acordo com Mantovanni Colares CAVALCANTE, o requisito da relevância da fundamentação, necessário à concessão de liminar em sede de mandado de segurança, tem valor superior à mera razoabilidade do direito invocado pela parte que pretende obter uma liminar em procedimento cautelar<sup>97</sup>.

Lúcia Valle FIGUEIREDO assevera, ainda, que:

“A concessão da liminar exurgirá da situação posta ao magistrado. Presentes seus pressupostos, tais sejam, relevância do fundamento e perigo da demora e sua inocuidade se concedida a ordem a final, o magistrado só dispõe de uma possibilidade: concedê-la”<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23. ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 47.

<sup>96</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 71-72.

<sup>97</sup> CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de segurança*. São Paulo: Dialética: 2002, p. 147.

<sup>98</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 134.

A ilustre doutrinadora sustenta, ainda, que a liminar concedida não poderá ser condicionada à prestação de caução pelo impetrante ou a qualquer outra garantia, salvo em situações excepcionalíssimas, nas quais restar demonstrado que a Administração Pública pode vir a sofrer grave lesão, sem possibilidade de ressarcimento posterior. Tal vedação se impõe em virtude de o remédio heróico ser proteção constitucional, de sorte que somente a Lei Maior poderia criar entraves dessa natureza. Ainda assim, contudo, essa prática é comum na jurisprudência.

## 7. TUTELA CAUTELAR

### 7.1 CONCEITO E FINALIDADE DA TUTELA CAUTELAR

A natureza da tutela cautelar é tema sobre o qual muito se discute doutrinariamente e que divide os processualistas em diferentes concepções.

Piero CALAMANDREI elaborou a teoria da instrumentalidade qualificada das providências cautelares, segundo a qual tais medidas apenas cumpririam o objetivo de garantir a eficácia das definitivas, estas sim voltadas à realização do direito. As providências definitivas seriam, pois, segundo seu entendimento, instrumentos do direito substancial, ao passo que as cautelares seriam meios de assegurar o êxito daquelas. Deste modo, conclui o ilustre jurista que se trata a cautelar de um instrumento do instrumento<sup>99</sup>.

Esta concepção exerceu considerável influência sobre doutrinadores brasileiros, dentre os quais é possível destacar o mestre José Carlos Barbosa MOREIRA, para quem:

“A sua função (da modalidade cautelar de exercício da jurisdição) é, digamos assim, duplamente instrumental; ela se destina, pelo menos de acordo com a visão clássica da matéria, hoje muito discutida, a assegurar a eficácia prática daquilo que se faça ou se queira fazer nos dois outros campos: no campo cognitivo e no campo executivo”<sup>100</sup>.

Tal posicionamento foi alvo de críticas por parte do ilustre processualista Pontes de MIRANDA, o qual sustentou que:

“Não há, propriamente, provisoriedade na decisão que neles (nos processos cautelares) se profere; há cautela, segurança. Por isso mesmo, é erro dizer-se que são sempre instrumentos a serviço de providência final, ou que preparam pura eficácia de decisão definitiva. A confusão em juristas que dizem isso, repetindo processualistas italianos, é de lamentar-se profundamente, porque se toma por preparatório o que previne, e não prepara. O que prepara põe, *antes*, o mesmo (*praeparare*, cf. *comparare*). O que previne chega, *antes*, de algo distinto (*praevenire*, cf. *convenire*)”<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 44-45.

<sup>100</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. In *Revista de Processo*, São Paulo, n° 74, ano 19, abr./jun. 1994, p. 127.

<sup>101</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, tomo XII, pp. 7-8.

O eminente autor asseverou, ainda, que a pretensão à tutela cautelar traduz-se na pretensão à segurança quanto ao fato, a exemplo do que ocorre com a exibição de livro, ou quanto à pretensão, através, por exemplo, do seqüestro<sup>102</sup>.

A finalidade das medidas preventivas ou cautelares seria, pois, “assegurar constituição futura de direito, exercício eficaz de pretensão ou ação, ou a execução futura”<sup>103</sup>.

## 7.2 TEMPORARIEDADE, REVOGABILIDADE E MODIFICABILIDADE DA TUTELA CAUTELAR

Argumentou o eminente autor Enrico Tullio LIEBMAN que o provimento cautelar destina-se sempre a durar por um tempo limitado. É que quando o processo principal é concluído, deixa de existir a razão pela qual a cautela foi concedida, uma vez que ou o direito é reconhecido como existente, podendo ser totalmente satisfeito, ou é declarado inexistente, e a medida anteriormente determinada deverá ser revogada<sup>104</sup>.

Tal limitação temporal da tutela cautelar é denominada por Luiz Guilherme MARINONI de “temporariedade”, contrariamente a alguns doutrinadores que a designam de “provisoriedade”<sup>105</sup>.

Referindo-se à lição de Piero CALAMANDREI, o mestre salienta a diferença existente entre as mencionadas expressões: temporal é aquilo que, por si mesmo, não dura sempre, independentemente de que sobrevenha outro evento; provisório, por seu turno, é aquilo que está destinado a durar até que ocorra um determinado evento sucessivo<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, tomo XII, pp. 14-15.

<sup>103</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, tomo XII, p. 16.

<sup>104</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1980, p. 163, traducción de Santiago Sentis Melendo de los três volúmenes de la obra *Manuale de diritto processuale civile*. Milano: Giuffré Editore, 1973, 1974, 1976.

<sup>105</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 65.

<sup>106</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 63-64, *apud* CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistematico de las providencias cautelares*. Buenos Aires: EBA, 1945, p. 36.



Assim, conclui Luiz Guilherme MARINONI que a tutela cautelar reveste-se de temporariedade, tendo em vista que “conecta-se à situação de perigo, razão pela qual pode não só desaparecer com o trânsito em julgado da sentença condenatória, como pode, também, deixar de existir sem que a tutela definitiva tenha sido prestada (...)”<sup>107</sup>.

De outro lado, Humberto THEODORO JÚNIOR, considera a tutela cautelar provisória, asseverando que:

“Significa essa provisoriedade, mais precisamente, que as medidas cautelares têm duração *temporal limitada* àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo. Por sua natureza, estão destinadas a ser absorvidas ou substituídas pela solução definitiva de mérito”<sup>108</sup>.

De toda sorte, é possível observar que não apenas a extinção do processo principal tem o condão de tornar ineficaz a tutela cautelar. Com efeito, prevê o artigo 808, incisos I e II, do Código de Processo Civil, que a tutela cautelar concedida em procedimento preparatório ficará sem efeito se a parte não ajuizar a ação principal no prazo de trinta dias, contados da data da efetivação da medida, ou se não promover a sua execução.

A medida cautelar pode, ainda, ser revogada a qualquer tempo, sempre que cessar o motivo pelo qual havia sido concedida, conforme preceitua o artigo 807 do Código de Processo Civil.

Outrossim, consoante previsto no mesmo dispositivo, bem como no artigo 805 do Diploma Processual Civil, pode a tutela cautelar ser modificada, mediante a substituição desta por uma outra medida, ou sua conversão em outra<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 65.

<sup>108</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2, p. 347.

<sup>109</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, tomo XII, p. 85.

### 7.3 DISTINÇÃO ENTRE FUNÇÃO CAUTELAR, TUTELA CAUTELAR E PROCESSO CAUTELAR

São identificáveis, no direito processual civil brasileiro, três espécies de funções jurisdicionais: a de conhecimento, a de execução e a cautelar, cada qual representando, segundo Luiz Rodrigues WAMBIER, um modelo de mecanismo de busca e outorga da prestação jurisdicional estatal. Nada obstante, ressalta o eminente autor que os modelos de relação processual relacionados primordialmente a tais funções não são estanques, podendo-se encontrar, por exemplo, a função executiva fora do processo de execução<sup>110</sup>.

Da mesma forma, a função cautelar pode ocorrer também nos processos de execução e cognição, não sendo tão-somente exercida no bojo do processo cautelar, nem tampouco no da chamada tutela cautelar.

Com efeito, tal função, é também entendida pelo mencionado doutrinador como reflexo do amplo acesso à justiça garantido constitucionalmente, já que visa a assegurar a eficácia das decisões judiciais ou a preservação de bens e direitos, está presente, por exemplo, na antecipação dos efeitos da tutela, providência prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, e que geralmente se dá no processo de conhecimento.

O termo tutela cautelar, por sua vez, é geralmente empregado para designar todo meio voltado à proteção da eficácia de uma providência jurisdicional. Dessa forma, engloba as ações cautelares, bem como as liminares concedidas em tais ações<sup>111</sup>.

Registre-se que há dissenso na doutrina acerca do enquadramento de medidas de cunho satisfativo dentro da concepção de tutela cautelar<sup>112-113</sup>.

<sup>110</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 362-363.

<sup>111</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3: processo cautelar e procedimentos especiais, p. 29.

<sup>112</sup> LACERDA, Galeno. Processo cautelar. In *Revista de Processo*, São Paulo, n° 44, ano 11, out./dez. 1986, p. 187, entende que as medidas cautelares podem ter caráter satisfativo.

<sup>113</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 77-79.

Por derradeiro, o processo cautelar é, no entender de Ovídio Araújo Baptista da SILVA, um instrumento previsto pelo legislador para realizar a tutela cautelar (embora não seja correto afirmar que aquele sempre contenha uma demanda cautelar, tendente à concessão de uma tutela cautelar)<sup>114</sup>.

#### 7.4 A COGNIÇÃO DO JUIZ EM SEDE CAUTELAR

Ensina Luiz Guilherme MARINONI que a cognição do magistrado “pode ter seu grau de intensidade (vertical) ou de amplitude (horizontal) diversificado, atendendo-se, diante da perspectiva da efetividade do processo, à peculiaridade da pretensão de direito material a ser tutelada”<sup>115</sup>.

No plano horizontal, o juiz poderá exercer cognição plena ou apenas parcial do conflito de interesses; a impossibilidade de, em demanda possessória, as partes discutirem questões relativas ao domínio, é exemplo típico de cognição apenas parcial.

Por seu turno, no plano vertical, a atividade cognitiva do magistrado em relação à questão aventada nos autos pode ter maior ou menor intensidade, podendo ser exauriente, sumária ou superficial.

A cognição exauriente caracteriza-se por ser ilimitada; trata-se daquela existente nos processos de conhecimento, nos quais se busca uma solução definitiva para a lide e, para tanto, realiza-se ampla instrução probatória, sob o crivo do contraditório.

A superficial, ao contrário, é a menos aprofundada em sentido vertical. Nos dizeres do ilustre autor Luiz Guilherme MARINONI, “Trata-se da cognição típica das liminares proferidas em atenção à verossimilhança de que o fato afirmado existente possa vir a ser provado durante a instrução probatória”<sup>116</sup>.

A cognição sumária, por sua vez, é lastreada no juízo de probabilidade e diz respeito às hipóteses em que uma determinada situação impede a atividade cognitiva

---

<sup>114</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v.3, pp. 15-16.

<sup>115</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 21-22.

<sup>116</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 26.

exauriente por parte do magistrado. É o que ocorre com a tutela cautelar, bem como com a antecipatória, que se fazem necessárias em situações de perigo<sup>117</sup>.

Todavia, ressalta Luiz Guilherme MARINONI que a cognição que se faz no momento em que uma liminar é apreciada é superficial, e não sumária, como a realizada em sede de ação cautelar ou sumária antecipatória<sup>118</sup>.

## 7.5 CARACTERÍSTICAS LIGADAS AO PROCESSO CAUTELAR

### 7.5.1 A Não-formação de Coisa Julgada Material

Conforme já observado, a cognição do magistrado em sede cautelar é sumária, em virtude da urgência ligada a tal tipo de tutela. Vale dizer, é uma cognição baseada apenas em juízo de probabilidade. Por tal razão, é forçoso reconhecer que um conhecimento não aprofundado da matéria trazida nos autos não tem o condão de tornar imutável o conteúdo da sentença proferida no processo cautelar<sup>119</sup>.

Luiz Guilherme MARINONI salienta, ainda, que o enunciado da decisão sumária pode ser declarado em contrário não apenas na hipótese de alteração da circunstância fática ou do fundamento jurídico, mas também em razão de, simplesmente, modificar-se a intensidade da cognição vertical do juiz<sup>120</sup>.

### 7.5.2 Autonomia e Acessoriedade

O Código de Processo Civil dotou o processo cautelar de autonomia, já que o inseriu em seu Livro III, separando-o dos processos de cognição e execução. Ademais, ressaltam Luiz Rodrigues WAMBIER, Flávio Renato Correia de ALMEIDA e Eduardo TALAMINI que o referido processo “nasce com uma petição inicial e termina

---

<sup>117</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 23-25.

<sup>118</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 24.

<sup>119</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 31.

<sup>120</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 32.

necessariamente por sentença”. E continuam: “Não se trata de um mero incidente de outro processo qualquer”<sup>121</sup>.

Nada obstante, ao mesmo tempo em que o Diploma Processual Civil conferiu tal característica ao processo cautelar, tornou-o acessório, o que se pode verificar em diversos dispositivos.

Ora, o artigo 796 é expresso nesse sentido ao estabelecer que “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”.

O artigo 808, I e II prevê a cessação da eficácia da medida cautelar, dependendo da sorte que houver seguido o processo principal. Além disso, o artigo 809 do Código determina o apensamento dos autos do procedimento cautelar aos do principal.

Há, pois, uma certa contradição, que remete à discussão doutrinária já exposta no item 7.1, acerca da natureza da tutela cautelar.

## 7.6 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA CAUTELAR

Conforme asseverado alhures, a cognição exercida pelo juiz ao apreciar pedido de concessão de medida cautelar não é exauriente, baseada na demonstração cabal da existência do direito alegado pelo postulante, mas sumária, lastreada em juízo de probabilidade acerca de tal direito.

A esta plausibilidade do direito invocado pela parte, calcada na prova sumária produzida de início nos autos, chama-se *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), requisito este essencial ao deferimento da medida pleiteada.

Entretanto, há ainda outro pressuposto sem o qual o provimento cautelar não pode ser deferido: o *periculum in mora*, presente quando o autor demonstra que a demora do processo principal tem o condão de lhe causar dano grave e de difícil reparação. É o que se depreende do teor do artigo 798 do Código de Processo Civil.

---

<sup>121</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3: processo cautelar e procedimentos especiais, p. 30.

Humberto THEODORO JÚNIOR assevera que essa irreparabilidade ou problemática reparabilidade do dano pode ser vista sob o ponto-de-vista objetivo ou o subjetivo. O primeiro, segundo o ilustre jurista, diz respeito ao dano que, por sua natureza, não permita nem a reparação específica, nem tampouco a equivalente (indenização), a exemplo do que ocorre, por exemplo, com o risco de desaparecimento de um meio de prova. O segundo, por sua vez, refere-se ao dano que, conquanto seja, em tese, reparável por indenização, não demonstra condições para isso, em virtude de se verificar que o responsável pela eventual reparação não goza de condições econômicas para fazê-lo<sup>122</sup>.

Cumprido, por fim, ressaltar que o artigo 804 do Código de Processo Civil autoriza a concessão da medida liminarmente ou após justificação prévia das alegações, sem a oitiva do réu, quando se constatar que a citação deste poderá tornar a providência ineficaz, podendo o juiz determinar a prestação de caução real ou fidejussória, a fim de o réu ser ressarcido por eventual dano que venha a sofrer.

## 7.7 O PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO

O artigo 798 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de o juiz determinar, além das medidas provisórias específicas previstas na lei, as que ele julgar adequadas, sempre que verificar a possibilidade de uma parte causar dano grave e de difícil reparação ao direito da outra, antes do julgamento definitivo da lide.

O artigo 799 do Diploma Processual Civil, por seu turno, preceitua que no caso do dispositivo anterior, pode o juiz autorizar ou impedir a prática de certos atos, determinar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e também impor a prestação de caução.

Trata-se do chamado poder geral de cautela de que goza todo magistrado, e que permite que ele “tome providências de índole cautelar (isto é, com função cautelar)

---

<sup>122</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar. *In Revista de Processo*, São Paulo, n° 50, ano 12, abr ./jun. 1988, p. 23.

que não estejam previstas expressamente (tipificadas) e que não tenham sido requeridas”<sup>123</sup>.

Discute-se na doutrina quais os limites que se poderiam impor à atuação do juiz no exercício deste poder que lhe é conferido pela lei, quais medidas podem ser deferidas e se tal poder é exercitável somente no bojo de processos cautelares, ou também nos de cognição e execução.

Sustenta Galeno LACERDA que a lei, ao possibilitar que o juiz determine as medidas que julgar adequadas, a ele confere um enorme poder discricionário. Entretanto, salienta que essa discricção não pode ser confundida com arbitrariedade. Nas palavras do emérito autor:

“Quando a lei confere ao juiz poder discricionário, confia de tal modo no juiz, diante das variadas situações concretas, submetidas à responsabilidade de sua decisão, possa *optar* pela solução mais adequada, mais apropriada, àquela situação concreta. O legislador não pode prever as possibilidades infinitas que a realidade oferece, por isso confere ao juiz o poder de ele, diante do caso concreto, optar pela melhor solução. Isso não significa que o juiz possa optar por uma solução inadequada. O legislador não pode prever qual seria a melhor solução a todos os casos concretos, mas cabe à consciência do juiz, ao seu discernimento, optar pela melhor solução”<sup>124</sup>.

De outro lado, o ilustre processualista Pontes de MIRANDA assevera que “o juiz, a par do seu dever formal de obrar, tem o de examinar se o pressuposto exige que a medida ou algumas das medidas adequadas sejam ordenadas. Determinando-as, não o faz por seu arbítrio, mas porque está a julgar”<sup>125</sup>.

Destarte, entende-se que, estando presentes os requisitos essenciais à concessão das medidas cautelares, nominadas ou inominadas, cumpre ao juiz, obrigatoriamente, concedê-las, ao passo que, logicamente, se tais pressupostos não se encontrarem preenchidos, deve o magistrado indeferi-las.

Quanto às medidas que podem ser determinadas no âmbito do poder geral de cautela, Eduardo Arruda ALVIM e Angélica Arruda ALVIM sustentam que não se pode

<sup>123</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3: processo cautelar e procedimentos especiais, p. 34.

<sup>124</sup> LACERDA, Galeno. Processo cautelar. In *Revista de Processo*, São Paulo, n° 44, ano 11, out./dez., 1986.

<sup>125</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, tomo XII, pp. 41-42.

admitir uma interpretação restritiva. Afirmam os eminentes autores que pode o requerente que não preencher os requisitos necessários à concessão de medida típica obter resultado idêntico ou equivalente, através de provimento atípico, com fulcro no artigo 798 do Código de Processo Civil<sup>126</sup>.

Por fim, assevera Luiz Rodrigues WAMBIER que o poder geral de cautela somente pode ser exercitado no âmbito de processo cautelar, já que não há previsão legal alguma no sentido de que o juiz pode determinar medidas cautelares incidentalmente no curso de processo de cognição ou de execução, sem que haja pedido cautelar<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Notas para uma teoria geral do processo cautelar. *In Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Coord. Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 115.

<sup>127</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. *In Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 365-366.



## 8. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

### 8.1 O EFEITO SUSPENSIVO NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Consiste o chamado efeito suspensivo “em fazer *subsistir* o óbice à manifestação da eficácia da decisão. A interposição não faz *cessar* efeitos que já se estivessem produzindo, apenas *prolonga* o estado de ineficácia em que se encontrava a decisão, pelo simples fato de estar sujeita à impugnação através do recurso”<sup>128</sup>.

A regra, no sistema do Código de Processo Civil brasileiro, é a de que os recursos são dotados do referido efeito, sendo poucos os que o legislador determinou que não o fossem. É o caso, por exemplo, do recurso especial e do extraordinário, dos quais ora se trata, consoante se infere do disposto nos artigos 497 e 542, § 2º, do Diploma Processual Civil.

Sobreleva registrar, no entanto, a tendência atual de flexibilizar as regras que determinam a suspensão ou não da produção dos efeitos da decisão atacada. O artigo 558, *caput* e parágrafo único do Código de Processo Civil sinaliza uma mudança nesse sentido, ao prever a possibilidade de o relator conferir, excepcionalmente, efeito suspensivo ao agravo de instrumento e às apelações mencionadas nos incisos do artigo 520 do Código, que, a rigor, não são dotados desse efeito.

Cássio Scarpinella BUENO sustenta, ainda, ser possível retirar o efeito suspensivo de recursos que dele são dotados por determinação legal, através de uma exegese do inciso VII do artigo 520 do Código de Processo Civil no sentido de que, “toda vez que se puder cogitar da antecipação de tutela ‘antes’, ‘durante’ ou ‘depois’ da sentença, sua execução provisória deverá ser admitida”<sup>129</sup>.

Segundo o ilustre processualista, é inconcebível que em um Diploma Processual Civil calcado no princípio da efetividade da jurisdição, que encontra amparo nos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, convivam decisões prolatadas com base em cognição sumária, a exemplo das que antecipam os efeitos da tutela

<sup>128</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 122-123.

<sup>129</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Efeitos dos recursos. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, p. 73.

jurisdicional, que surtam efeitos imediatos e, de outro lado, decisões proferidas com base em cognição exauriente tenham que aguardar o pronunciamento definitivo dos tribunais nos quais pendem recursos para que os gerem<sup>130</sup>.

Diante da realidade que começa a se afigurar no direito processual brasileiro, anota o eminente jurista Cândido Rangel DINAMARCO que “É lícito portanto falar em efeito suspensivo *ope legis* ou *ope judicis* – ou efeito suspensivo *legal*, em contraposição ao *judicial*”<sup>131</sup>.

## 8.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Conforme observado, a lei processual brasileira não dotou os recursos especial e extraordinário de efeito suspensivo, pelo que, pendente um desses apelos, ou ainda, ambos, a parte até então vencedora poderá dar início à execução provisória da decisão guerreada perante a instância superior.

Ocorre que, conquanto haja previsão no artigo 475-O, II do Código de Processo Civil no sentido de que, sobrevindo acórdão que anule ou reforme a decisão provisoriamente executada, fica a execução sem efeito, restituindo-se as partes ao estado anterior e resolvendo-se eventuais prejuízos em perdas e danos, é certo que existem casos nos quais tal execução provisória pode gerar danos tão graves ao executado que tornem o eventual resultado a ele favorável praticamente irrelevante.

Diante de tal realidade, a jurisprudência passou a conceber formas de contornar situações nas quais o provimento do recurso extremo não resultaria em proveito algum ao recorrente, aniquilando-se, assim, a efetividade do processo. Desta feita, passou-se a admitir, para hipóteses tais, a possibilidade de suspender a eficácia da decisão impugnada durante o trâmite de recurso especial ou extraordinário, iniciativa louvável segundo Gleydson Kleber Lopes de OLIVEIRA, para quem “É certo que do citado

---

<sup>130</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Efeitos dos recursos. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, pp. 72-73.

<sup>131</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. Vários colaboradores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 5, p. 53.

preceito (artigo 542, § 2º do Código de Processo Civil) não deve resultar uma exegese rígida, no sentido de ser defeso ao órgão do Poder Judiciário conferir aos recursos excepcionais o efeito suspensivo”<sup>132</sup>.

Por outro lado, cumpre aos tribunais adequar tal construção pretoriana às regras que determinam que os recursos excepcionais não suspendem a eficácia da decisão impugnada, a fim de que tais normas não se tornem letra morta, o que também não seria desejável. Como bem assevera Humberto THEODORO JÚNIOR, “É claro que não se pretende atribuir ao relator, nem mesmo à Turma Julgadora, a tarefa de, a seu bel-prazer, prodigalizar efeito suspensivo a recursos que o legislador não contemplou com esse predicado”<sup>133</sup>.

Assim, a atribuição de efeito suspensivo aos recursos excepcionais deverá ser analisada a cada caso, de acordo com as circunstâncias deste, jamais podendo ser banalizada.

As vias pelas quais a parte pode atualmente – e podia em outras épocas – obter a suspensão dos efeitos da decisão guerreada pelo recurso excepcional serão analisadas nos itens que se seguem.

Registre-se, por oportuno, que a concessão de efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário apenas revela utilidade no caso de a decisão impugnada ter cunho positivo; se assim não for, vale dizer, se deixar de determinar uma providência pugnada pelo recorrente, sua suspensão não opera qualquer efeito prático.

Pensando nessa questão relativamente ao agravo de instrumento, o emérito jurista Eduardo TALAMINI concebeu uma forma interessante de contornar o problema consistente em apenas ser prevista no artigo 558 do Código de Processo Civil a possibilidade de o relator deste recurso suspender o cumprimento da decisão atacada<sup>134</sup>.

Asseverou o ilustre autor que há situações nas quais a parte tem urgência em obter determinada providência, diante do risco de o posterior provimento do apelo por

---

<sup>132</sup> OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. As tutelas de urgência nos recursos extraordinários. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 7, p. 333.

<sup>133</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela cautelar durante tramitação de recurso. In *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 245.

<sup>134</sup> TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. In *Revista de Processo*, São Paulo, nº 80, ano 20, out./dez. 1995, pp. 132-136.

ela interposto ser inócuo. Em circunstâncias tais, não se lhe poderia negar a possibilidade de obter um efeito “ativo” no agravo, de modo que a própria medida indeferida pelo juízo *a quo* fosse concedida antecipadamente pelo órgão *ad quem*. É que a inadmissão de tal expediente configuraria, indubitavelmente, violação ao princípio constitucional da igualdade, pois se o perigo de dano grave e de difícil reparação ao direito do recorrente pode dar azo à suspensão dos efeitos de decisão positiva, não se poderia, noutro caso, deixá-lo perecer simplesmente em razão de a decisão guerreada ter cunho negativo, a exemplo da que nega liminar pleiteada. E nem se poderia argumentar que o magistrado, ao indeferir liminar, exerce poder discricionário, pois, além de essa assertiva não ser verdadeira, ainda que o fosse aplicar-se-ia também à hipótese do deferimento da medida<sup>135</sup>.

Dessa forma, segundo o eminente processualista, caberia uma interpretação teleológica do então novo artigo 558 do Código de Processo Civil, no sentido de que o relator, além de poder suspender os efeitos da decisão agravada, fosse autorizado a conceder, antecipadamente, a própria medida negada por esta decisão; ou então se continuaria a utilizar, para tal fim, o mandado de segurança, cabível contra ato omissivo<sup>136</sup>.

Atualmente, o inciso III do artigo 527 do Diploma Processual Civil, com redação dada pela Lei nº 10.352, autoriza a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no agravo de instrumento.

Em que pese o mencionado dispositivo apenas se aplique ao recurso de agravo, assevera Gleydson Kleber Lopes de OLIVEIRA que o artigo 273 do Código de Processo Civil não impôs restrição relativamente ao momento em que pode ser concedida a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Afirma, ainda, que, embora esta não se confunda com a antecipação da tutela recursal, que se refere ao pedido formulado no recurso, se o sistema processual admite a primeira, não seria razoável sustentar a vedação em relação à última. Dessa forma, não há óbice algum à

---

<sup>135</sup> TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *In Revista de Processo*, São Paulo, nº 80, ano 20, out./dez. 1995, p. 132.

<sup>136</sup> TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *In Revista de Processo*, São Paulo, nº 80, ano 20, out./dez. 1995, pp. 133-134.

antecipação dos efeitos da tutela recursal em sede de recurso especial e extraordinário<sup>137</sup>.

O mestre Athos Gusmão CARNEIRO leciona que, tendo o recurso extremo sido interposto, o pedido de antecipação de tutela recursal deverá ser feito diretamente ao Tribunal Superior, em analogia à regra insculpida no artigo 800 do Código de Processo Civil; caso ainda não o tenha sido, será endereçado à presidência do tribunal local. Afirma, ainda que, à falta de melhor enquadramento, poderá o pleito ser classificado como medida cautelar, ou mesmo como petição<sup>138</sup>.

Se houver sido realizado juízo negativo de admissibilidade no apelo excepcional e contra tal decisão o recorrente tiver interposto agravo de instrumento, o pedido será dirigido à Corte Superior, pois, neste caso, é possível que haja a necessidade de a providência ser imediatamente concedida. Ademais, nessa hipótese a apreciação da admissibilidade do recurso especial ou do extraordinário, pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, poderá ser diferente da realizada pelo órgão *a quo*<sup>139</sup>.

### 8.3 MANDADO DE SEGURANÇA PARA SUSPENDER A EFICÁCIA DA DECISÃO IMPUGNADA POR RECURSO EXCEPCIONAL

Anota Humberto THEODORO JÚNIOR que “os Tribunais, em atividade de verdadeira criação pretoriana do direito, conceberam o uso excepcional do mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo ao recurso que normalmente não o possui”<sup>140</sup>. Esta foi, com efeito, a primeira forma admitida para emprestar o referido efeito aos recursos excepcionais. Assim também se passava em relação a todos os recursos que

<sup>137</sup> OLIVEIRA, Gleydon Kleber Lopes de. As tutelas de urgência nos recursos extraordinários. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 7, pp. 351-352.

<sup>138</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 2, pp. 122-123.

<sup>139</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 602.

<sup>140</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela cautelar durante tramitação de recurso. In *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 243.

não tinham o condão de suspender o ato judicial, em especial, o agravo de instrumento, anteriormente ao advento da Lei nº 9.139/95 que, como visto, modificou a redação do artigo 558 do Código de Processo Civil, possibilitando, assim, que o relator do agravo de instrumento confira a este efeito suspensivo, nas hipóteses ali previstas.

Com efeito, costumava-se, à época, pleitear por tal via a atribuição do efeito suspensivo a recursos, em uma completa desnaturação do remédio heróico, que certamente não se presta a esse fim.

Anota, ainda, a eminente processualista Teresa Arruda Alvim WAMBIER que os tribunais concediam a liminar, em tais hipóteses, ao verificarem a existência de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, de modo a tratar o mandado de segurança como se fosse um provimento cautelar, em evidente equívoco. Segundo sua concepção, o *writ of mandamus* poderia, e ainda pode, ser impetrado contra o próprio ato guerreado e a liminar concedida acaba funcionando como a obtenção do efeito suspensivo; no entanto, é incabível a utilização de tal remédio como acessório de recurso, como se vinha fazendo<sup>141</sup>.

Impende ressaltar que, conforme bem asseverado pelo ilustre doutrinador Eduardo TALAMINI, não poderia prosperar a utilização desse remédio para emprestar efeito suspensivo aos recursos excepcionais, já que a competência para julgar o mandado de segurança impetrado contra acórdão emanado do tribunal local é do próprio órgão e não das Cortes Superiores, consoante se infere da Súmula 624 do Supremo Tribunal Federal. Por essa razão, a eficiência prática de tal via era remota<sup>142</sup>.

Diante desse fato, os Tribunais Superiores passaram a admitir o manejo da tutela cautelar para tal fim, uma vez que o parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil dispõe que a referida medida, após a interposição do recurso, deve ser requerida diretamente ao tribunal competente para processá-lo e julgá-lo.

---

<sup>141</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O mandado de segurança contra ato judicial. In *Revista de Processo*, São Paulo, nº 107, ano 27, jul./set. 2002, p. 228.

<sup>142</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 516-517.

## 8.4 TUTELA CAUTELAR PARA SUSPENDER A EFICÁCIA DA DECISÃO IMPUGNADA POR RECURSO EXCEPCIONAL

### 8.4.1 Efeito Suspensivo e Tutela Cautelar

A atribuição de efeito suspensivo aos recursos excepcionais, prática largamente aceita hoje pela doutrina e pela jurisprudência, tem sido obtida através do manejo da tutela cautelar, abandonando, assim, os tribunais superiores, a antiga concepção de que o mandado de segurança seria o meio adequado para tal finalidade.

É, com efeito, natural que assim se considere, vez que, conforme assevera Paulo Afonso de Souza SANT'ANNA, não se duvida de que o efeito suspensivo é uma providência cautelar, já que se presta a obstar o perecimento do direito controvertido no processo em que o recurso foi interposto e não uma satisfação em relação a tal direito. Além disso, afirma o jurista que o efeito suspensivo é um direito material à segurança de um outro direito material, qual seja, aquele sobre o qual se discute no processo ou no apelo<sup>143</sup>.

Os pressupostos necessários à obtenção de efeito suspensivo em tais recursos são, logicamente, aqueles de preenchimento imprescindível à concessão de qualquer medida cautelar: a plausibilidade do direito invocado (*fumus boni iuris*) e o fundado receio de lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte (*periculum in mora*).

Destarte, ao formular o pedido de suspensão da eficácia da decisão guerreada pelo recurso extremo, cumprirá à parte convencer o magistrado acerca da possibilidade de a execução provisória a ser iniciada causar-lhe dano grave e de difícil reparação ao direito alegado no recurso, bem como que esse direito é plausível, sendo provável que conduza ao provimento do apelo.

Cumpre, ainda, destacar que o fato de o § 2º do artigo 542 do Código de Processo Civil determinar que o recurso especial e o extraordinário somente são recebidos no efeito devolutivo não implica na proibição de, excepcionalmente, ser-lhes

---

<sup>143</sup> SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Competência e meio processual para atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8, p. 567.

conferido também o suspensivo. De fato, é possível e recomendável ao Poder Judiciário acautelar o direito do jurisdicionado que sofra perigo de dano grave e de difícil reparação, o que certamente se compatibiliza com o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Ademais, não se pode olvidar que as normas infraconstitucionais devem, obrigatoriamente, ser interpretadas à luz das constitucionais.

#### 8.4.2 Competência

Reza o parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil que “Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”.

Da leitura do mencionado dispositivo, depreende-se que, em regra, a competência para apreciar e julgar pedido referente a medida cautelar para emprestar efeito suspensivo aos recursos excepcionais é das Cortes Superiores, às quais incumbe o julgamento destes últimos.

Nessa esteira, dispõe o artigo 21, VI, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que é atribuição do ministro relator submeter ao Plenário ou à Turma medidas cautelares visando à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação ou à garantia da eficácia da ulterior decisão a ser proferida na causa. O inciso V do mesmo artigo, por sua vez, prevê a possibilidade de, em casos de urgência, o relator determinar liminarmente tais medidas, que deverão ser, após, referendadas pelo órgão colegiado competente.

Também o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça preceitua, em seu artigo 34, V, que cabe ao relator submeter à Corte Especial, à Seção ou à Turma competente tais medidas cautelares e, no inciso seguinte, estabelece que, em casos de urgência, as determinará, sendo depois referendadas pelo colegiado.

Mais adiante, no artigo 288, § 2º, o Regimento Interno da Corte estabelece que “o relator poderá apreciar a liminar e a própria medida cautelar, ou submetê-las ao órgão julgador competente”.

Conclui-se, assim, que a rigor a competência para julgar tais medidas, pleiteadas no bojo de recurso extraordinário e de recurso especial é, respectivamente,



do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Ocorre que muito se discute acerca da competência para fazê-lo quando o recurso ainda não foi interposto ou, tendo já o sido, sua admissibilidade ainda não haja sido apreciada. Tais questões serão abordadas no tópico que se segue.

#### 8.4.3 Efeito Suspensivo e Juízo de Admissibilidade nos Recursos Excepcionais

Uma questão que enseja controvérsias entre as Cortes Superiores e até mesmo dentro delas é a relativa à necessidade ou não de o juízo de admissibilidade ser realizado previamente à concessão da tutela cautelar destinada a suspender a eficácia de decisão impugnada por recurso extraordinário ou especial.

Na realidade, há no Supremo Tribunal Federal uma corrente aparentemente pacificada, no sentido de que somente é possível a concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário após este já ter sido objeto de juízo positivo de admissibilidade no tribunal *a quo*.

Para justificar tal posicionamento, costuma-se afirmar que, antes desse momento, a jurisdição do Pretório Excelso ainda não foi instaurada<sup>144</sup>, bem como que, de outro modo, poder-se-ia chegar à situação esdrúxula de um recurso extraordinário não admitido ser, mesmo assim, dotado excepcionalmente de efeito suspensivo<sup>145</sup>. Há, ainda, decisões nas quais se afirma que a concessão liminar da medida, quando o recurso ainda não foi admitido, impediria a independência do tribunal local para realizar

---

<sup>144</sup> SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Competência e meio processual para atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8, pp. 589-591, concorda com essa concepção, pois sustenta que a competência das Cortes Superiores se instaura a partir da realização do juízo de admissibilidade pelo tribunal local. Discorda, no entanto, das razões dadas pela jurisprudência do Pretório Excelso, sustentando que o parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil é inaplicável aos recursos excepcionais, em virtude de os autos ficarem no órgão *a quo* entre a interposição do recurso e o juízo de admissibilidade.

<sup>145</sup> OLIVEIRA, Gleydon Kleber Lopes de. As tutelas de urgência nos recursos extraordinários. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 7, p. 348, afirma, *a contrario sensu*, que a medida cautelar pode ser concedida pelo Tribunal Superior mesmo que o *a quo* não tenha admitido o recurso excepcional, já que a decisão proferida por este é provisória, suscetível, pois, de reforma.

o juízo de admissibilidade, eis que importaria em prévio julgamento dessa questão<sup>146</sup>. É oportuna a transcrição das seguintes ementas de dois julgados daquela Corte, nos quais ficaram assentados os mencionados entendimentos:

“(...) A concessão de eficácia suspensiva ao apelo extremo, para legitimar-se, supõe a conjugação necessária dos seguintes requisitos: (a) que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal (existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem), (b) que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual, caracterizada, dentre outras, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição, (c) que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica e (d) que se demonstre, objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do *periculum in mora*. Precedentes”<sup>147</sup>.

“Agravos regimentais. Medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto do juízo de admissibilidade na Corte de origem. - O disposto no parágrafo único do artigo 800 do C.P.C., na redação que lhe deu a Lei 8.592/94, não se aplica a recurso extraordinário ainda não admitido, pela singela razão de que sua aplicação implicaria pré-julgamento da admissão do recurso extraordinário pelo relator da petição de medida cautelar, que se torna prevento para julgar o agravo contra o despacho da não-admissão desse recurso, em detrimento da livre apreciação do Presidente do Tribunal ‘a quo’ no âmbito da competência originária que a legislação lhe outorga para esse juízo de admissibilidade, porquanto, se se considera relevante o fundamento jurídico do recurso extraordinário para o efeito de conceder-lhe o efeito suspensivo que a legislação não lhe outorga, é evidente que ele deverá ser admitido ainda que para melhor exame. Ademais, se não obstante isso, o Presidente do Tribunal ‘a quo’ não admitir o recurso extraordinário a que foi dado efeito suspensivo em medida cautelar requerida perante esta Corte, ter-se-á a esdrúxula situação de um recurso extraordinário não-admitido por quem é competente para tanto continuar a ter efeito suspensivo antes de reformada a decisão de não-admissibilidade, uma vez que o despacho de não-admissão na Corte de origem não tem força para reformar a concessão de cautelar dada pelo Tribunal ‘ad quem’ que lhe é hierarquicamente superior. Agravo a que se nega provimento”<sup>148</sup>.

<sup>146</sup> NETTO, Nelson Rodrigues; NETTO, Sílvia Marina Batalha de Rodrigues. Concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário e a recurso especial. *In Revista de Processo*, São Paulo, nº 130, ano 30, dez. 2005, p. 265, contrapõe a este argumento o de que é cediço que a concessão de liminar em ação cautelar não implica em vinculação ou pré-julgamento da matéria.

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo regimental na petição nº 1859-DF, da 2ª Turma, relator: ministro Celso de Mello, data do julgamento: 28/03/2000, data da publicação: 28/04/2000. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=PetAgR&processo=1859&origem=IT&cod\\_classe=535](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=PetAgR&processo=1859&origem=IT&cod_classe=535)>.

<sup>148</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo regimental na petição nº 1189-MG, da 1ª Turma, relator: ministro Moreira Alves, data do julgamento: 29/10/1996, data da publicação: 06/12/1996. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=PetAgR&processo=1189&origem=IT&cod\\_classe=535](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=PetAgR&processo=1189&origem=IT&cod_classe=535)>.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acabou por motivar a edição da súmula 634, aprovada em 24 de setembro de 2003, cujo teor é o seguinte: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”.

Impende, ainda, salientar que, tendo em vista a demora que costuma se verificar para que o tribunal *a quo* exerça o juízo de admissibilidade sobre os recursos excepcionais, bem como a ausência de previsão legal acerca do órgão do Poder Judiciário competente para examinar pedido de tutela cautelar nesse interregno, o Supremo Tribunal Federal consolidou o posicionamento de que, até referido momento, para que a parte não fique desamparada diante da iminência de sofrer lesão grave e de difícil reparação, tal pleito deve ser endereçado à presidência daquela Corte. É o que se infere da redação da súmula 635 do Pretório Excelso: “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”. Ainda segundo tal entendimento, a cautela concedida vigoraria até que o Supremo Tribunal Federal a ratificasse ou retificasse.

Nessa esteira, oportuna é a lição do eminente processualista Alcides Munhoz da CUNHA:

“Como sempre, a natureza residual da função cautelar admite que, em face do estado de necessidade de segurança e em atenção ao princípio da eficiência, essas medidas sejam decretadas também pelo próprio juízo *a quo*. Essa prerrogativa residual manifesta-se principalmente naqueles períodos intermediários em que, após a decisão recorrida, o órgão prolator da decisão permanece com competência para processamento dos recursos, como se dá com a apelação ou, então, quando o Presidente do Tribunal conserva a competência para promover o juízo preliminar de admissibilidade de recurso especial ou extraordinário”<sup>149</sup>.

A questão de que ora se trata divide o Superior Tribunal de Justiça, que parece estar longe de pacificá-la. Subsistem nessa Corte vários posicionamentos divergentes, como adiante se verá.

<sup>149</sup> CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Ovídio Araújo Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812, p. 622.

Há julgados que seguem a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que somente após a realização de juízo positivo de admissibilidade pelo tribunal local pode a Corte Superior deferir a medida visando a atribuição de efeito suspensivo ao apelo extremo. Os argumentos expendidos em tais arestos são, também, os mesmos<sup>150</sup>.

Nada obstante, constata-se a existência de diversas decisões na Corte em que o posicionamento adotado foi o de que, ainda que a admissibilidade do recurso especial não haja sido analisada pelo presidente do tribunal local, compete ao Superior Tribunal de Justiça apreciar pleito de medida cautelar objetivando a atribuição de efeito suspensivo ao apelo. Verifica-se, pois, que tal entendimento, assentado no parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil, é oposto ao majoritariamente encontrado no Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

“Processual civil. Medida cautelar. Liminar concedida. Agravo Regimental. Improvimento. A só e só circunstância de ainda não ter sido lançado juízo sobre a admissibilidade ou não do recurso especial no tribunal *a quo* não é óbice para o conhecimento de medida cautelar promovida com a finalidade de obstar a realização de ato que tenha por finalidade a alienação de imóvel objeto de discussão no feito que originou o apelo nobre. Desde que presentes os indispensáveis pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, concede-se liminar em medida cautelar para evitar a ocorrência de ato que, uma vez praticado, esvaziaria o próprio objeto da contenda. Agravo improvido”<sup>151</sup>.

Os eméritos processualistas Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART oferecem interessantes argumentos a fim de demonstrar a correção desse posicionamento:

“Dando-se ao tribunal local competência para julgar a cautelar, confere-se a ele o poder de apreciar, ainda que com base em probabilidade, o mérito do recurso. Se ao tribunal de origem for dada competência para a cautelar, esse tribunal poderá inibir os efeitos da *sua decisão* em razão de um recurso *que não lhe cabe julgar, mas apenas admitir ou não*. (...) Se a necessidade de cautelar tivesse relação apenas com o juízo de admissibilidade no tribunal de origem, bastaria a decisão de inadmissibilidade para lhe retirar a razão de

<sup>150</sup> Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo regimental na medida cautelar nº 2.609-RJ, da 2ª Turma, relator: ministro Franciulli Netto, data do julgamento: 15/06/2000, data da publicação: 21/08/2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=200000255017&data=21/08/2000>>.

<sup>151</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo regimental na medida cautelar nº 250-DF, da 1ª Turma, relator: ministro César Asfor Rocha, data do julgamento: 23/08/1995, data da publicação: 30/10/1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199500271400&data=30/10/1995>>.

ser. Acontece que a decisão de inadmissibilidade pode ser atacada através de agravo de instrumento, quando obviamente o agravante poderá estar frente a fundado receio de dano e, assim, ter necessidade de requerer ao STJ ou ao STF tutela capaz de suspender os efeitos da decisão recorrida. *Como se vê, o ponto chave para a solução da questão está em que o direito de suspender os efeitos da decisão recorrida se liga ao julgamento do STJ ou do STF e não à decisão do tribunal de origem*<sup>152</sup>.

Já houve, também, ocasiões nas quais foi sustentada a possibilidade de ser suspensa a eficácia de decisão passível de recurso especial, sem que este tenha sido sequer interposto, seja em virtude de o acórdão ainda não ter sido publicado, seja em razão de o prazo recursal não ter se esgotado. É o que se infere, a título exemplificativo, do seguinte aresto:

“(...) I - O STJ admite a concessão de medida cautelar, para suspender os efeitos de acórdão exposto a recurso especial, ainda não interposto. Isto ocorre, porque, com a formação do acórdão exaure-se a competência do tribunal *a quo* e se inaugura a da corte superior (...)”<sup>153</sup>.

Todavia, também já se decidiu no sentido oposto a este último, até mesmo dentro da mesma primeira turma:

“Processual civil. Medida cautelar inominada. Efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto. Impossibilidade. A concessão de efeito ‘suspensivo’ a recurso especial, pela via da medida cautelar, só se justifica em circunstâncias excepcionais, constituindo requisitos essenciais ao deferimento (dessa concessão), em linha de princípio, que tenha sido interposto - congruo tempore - e ‘admitido’, na instância de origem. A outorga de suspensividade a recurso não interposto importa no cometimento dos seguintes heresias jurídicas: a) validar-se-ia o ‘inexistente’; b) suspender-se-ia de forma direta, a execução do acórdão do tribunal ‘a quo’ (ainda não publicado) e, ‘consequentemente’, o próprio processo, em desconformidade com o disposto no artigo 265 do Código de Processo Civil; c) suprimir-se-ia uma instância, retirando-se do tribunal ‘a quo’ (pelo seu presidente) a competência para, em primeiro juízo de admissibilidade, admitir ou não o especial que, no futuro viesse a ser manifestado; d) convalidar-se-ia a medida cautelar em advocatória. Agravo regimental improvido. Decisão unânime”<sup>154</sup>.

<sup>152</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 598-599 (grifos no original).

<sup>153</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo regimental na medida cautelar nº 89-TO, da 1ª Turma, relator: ministro Demócrito Reinaldo, data do julgamento: 30/11/1994, data da publicação: 19/12/1994. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199400293313&data=19/12/1994>>.

<sup>154</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar nº 1.499-MG, da 1ª Turma, relator: ministro Garcia Vieira, data do julgamento: 22/06/1999, D.J. 16/08/1999, Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199800837604&data=16/08/1999>>.

Tratando dessa questão, o ilustre jurista Domingos Franciulli NETTO argumenta que “a viabilidade de medida cautelar depende da interposição e do juízo de admissibilidade do recurso especial no tribunal de origem, uma vez que a competência do Tribunal Superior apenas se justifica por força do recurso especial, pois não faria sentido a apreciação de uma cautelar sem o ulterior recurso especial”<sup>155</sup>.

Chegou-se até mesmo a sustentar a possibilidade de suspender os efeitos de decisão atacada por recurso ordinário ainda não julgado pelo tribunal local:

“(…) É cabível a medida cautelar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em caráter absolutamente excepcional, se o recurso ordinário ainda não foi julgado no tribunal de origem, mas somente se, a um só tempo, a decisão cujos efeitos se pretende suspender for indisfarçadamente teratológica e se for inferida a existência de fortes indícios de que o tribunal local esteja manipulando o regular andamento do feito ou sonegando propositadamente a prestação jurisdicional, além de dela poder advir a ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil e incerta reparação, o que não ocorre na espécie. Medida Cautelar a que se nega seguimento”<sup>156-157</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça tem, ainda, entendido ser possível a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial em sede de agravo de instrumento interposto em face de decisão que não o admitiu e também, com maior razão, a apelo cujo seguimento foi determinado por força de decisão provendo o agravo. Nessa esteira, é oportuno citar o seguinte julgado:

“(…) Não está inviabilizada a medida cautelar que objetiva atribuir ao apelo especial, efeito suspensivo, enquanto não for decidido o agravo de instrumento interposto contra a inadmissão do recurso especial no Tribunal de origem, não estando configurada assim qualquer contradição no acórdão”<sup>158</sup>.

<sup>155</sup> NETTO, Domingos Franciulli. Concessão de efeito suspensivo em recurso especial. In *Revista de Processo*, São Paulo, nº 109, ano 28, jan./mar. 2003, p. 127.

<sup>156</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar nº 2.368-MG, da 4ª Turma, relator: ministro César Asfor Rocha, data do julgamento: 03/02/2000, D.J. 02/05/2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jurlmagem/frame.asp?registro=200000047090&data=02/05/2000>>.

<sup>157</sup> Em sentido contrário: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar nº 4.024-SC, da 5ª Turma, relator: ministro Gilson Dipp, órgão julgador: quinta turma, data do julgamento: 18/09/2001, D.J. 15/10/2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jurlmagem/frame.asp?registro=200100952346&data=15/10/2001>>.

<sup>158</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração na medida cautelar nº 3.186-MG, da 1ª Turma, relator: ministro Francisco Falcão, data do julgamento: 28/08/2001, D.J. 18/02/2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jurlmagem/frame.asp?registro=200001081683&data=18/02/2002>>.

Paulo Afonso de Souza SANT'ANNA concorda com referido posicionamento e salienta que, ainda que seja negado seguimento a recurso especial pela presidência do tribunal local após ter-lhe sido atribuído efeito suspensivo pelo Superior Tribunal de Justiça, este deve perdurar enquanto tal decisão for passível de reforma, pois a inadmissão do apelo não tem o condão de revogar a decisão concessiva de efeito suspensivo<sup>159</sup>.

#### 8.4.4 Meios Processuais

Por derradeiro, cumpre tecer algumas considerações acerca dos meios processuais que têm sido admitidos para a concessão da providência cautelar visando emprestar efeito suspensivo aos recursos excepcionais.

Parcela da doutrina afirma que tal finalidade deve ser alcançada por meio da propositura de ação cautelar inominada incidental, quer perante o Tribunal Superior, quer perante o juízo *a quo*, a depender das vicissitudes do caso e do posicionamento adotado, conforme observado no item anterior. Na hipótese de os autos se encontrarem neste último, aguardando a realização do juízo de admissibilidade e o recorrente pleitear o efeito suspensivo à Corte Superior, deve ele instruir a inicial da ação cautelar com cópia da peça do recurso especial<sup>160</sup>.

Nessa esteira, confira-se o que sustenta o eminente autor Luiz Rodrigues WAMBIER:

“O art. 288 e seus §§ 1.º e 2.º também dispõem a respeito da possibilidade de se conceder medida cautelar. Segundo o *caput* do art. 288 serão admitidas essas medidas nas ‘hipóteses e na forma da lei processual’, o que, em nosso entender, significa que somente se poderão conceder medidas cautelares se tiver sido proposto processo cautelar incidental, haja vista que essa medida é característica do processo de índole cautelar”<sup>161</sup>.

<sup>159</sup> SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Competência e meio processual para atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8, p. 567.

<sup>160</sup> OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso Especial*. Orientação: Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 328-329.

<sup>161</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do*

Também a renomada processualista Teresa Arruda Alvim WAMBIER, fazendo críticas ao fato de as Cortes Superiores não submeterem pedidos dessa natureza ao crivo do contraditório, assim já se pronunciou:

“(...) me parece que esses *pedidos* cautelares, (e o STJ se serve dessa terminologia para conceder esse efeito suspensivo, inclusive os acórdãos, nos acórdãos) ortodoxamente, rigorosamente, deveriam ser tratados como se fossem verdadeiras ações cautelares incidentais inominadas. Isso porque, se admitisse que se pudesse formular um *mero pedido cautelar*, para conceder efeito suspensivo a qualquer recurso, por exemplo, na Justiça Estadual, isso significaria que seria permitido que se fizessem pedidos de natureza cautelar *no bojo de qualquer processo ou procedimento*, o que, a meu ver, é *um tanto perigoso*, e rigorosamente incorreto. Portanto, e esta talvez seja a única crítica importante à situação existente, me parece ser aconselhável que texto de lei que futuramente, discipline aspectos desse procedimento incidental, que é um procedimento que leva efeito, que *veicula*, o exercício de direito de ação, criasse condições, de que fosse exercido, já que se trata de uma ação, plenamente o princípio do contraditório”<sup>162</sup>.

Nada obstante, há autores que sustentam a desnecessidade de se propor a competente ação cautelar para obter efeito suspensivo nos recursos excepcionais, em homenagem ao princípio da economia processual. É o caso de Paulo Afonso de Souza SANT’ANNA, para quem a função cautelar está inserida nos processos de execução e de cognição, não configurando um *tertium genus*.

O eminente autor conclui seu pensamento no sentido de que as providências cautelares deveriam ser consideradas meros incidentes no bojo de processos de conhecimento ou execução e não serem prestadas unicamente por meio de ações cautelares autônomas, em autos apartados<sup>163</sup>.

Destarte, salienta o jurista que não há razão alguma para não se admitir que a parte interessada pleiteie a concessão de efeito suspensivo a recurso excepcional na própria peça recursal, ou por meio de simples petição endereçada à presidência do tribunal *a quo* (na hipótese de ser deste órgão a competência para apreciar o

---

*recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. Vários colaboradores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 375.

<sup>162</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso. In *Revista de processo*, São Paulo, nº 74, ano 19, abr./jun. 1994, p. 125.

<sup>163</sup> SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. Competência e meio processual para atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8, pp. 598-599.



requerimento). E, no caso de o acórdão a ser atacado pelo apelo extremo ainda não ter sido publicado, ou o prazo recursal não ter escoado, também se poderia formular tal pedido ao órgão jurisdicional local, através de petição, instruída com os documentos que se fizerem necessários<sup>164</sup>.

Ainda, se a competência para a atribuição do efeito suspensivo já tiver sido transferida para a Corte Superior, salienta Paulo Afonso de Souza SANT'ANNA que, se os autos lá já se encontrarem, basta protocolar uma petição e, se não estiverem, esta deverá ser acompanhada das peças necessárias. Se o juízo de admissibilidade efetuado pelo tribunal local houver sido negativo e a parte tiver interposto agravo de instrumento em face de tal decisão, poderá, da mesma forma, realizar o pedido por meio de petição instruída com documentos, no caso de os autos ainda se encontrarem no juízo *a quo*; e, se já tiverem sido remetidos ao *ad quem*, basta uma simples petição<sup>165</sup>.

A mencionada forma de atribuição de efeito suspensivo a recurso excepcional tem sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal, com base nas normas estabelecidas no Regimento Interno da Corte. Confirmam-se os argumentos expendidos no seguinte julgado:

“(...) Esta Turma (...) decidiu que não se aplica, no âmbito desta Corte, em se tratando de medida cautelar relacionada com recurso extraordinário, o procedimento cautelar previsto no artigo 796 e seguintes do Código de Processo Civil, uma vez que, a propósito, há norma especial de natureza processual - e, portanto, recebida com força de lei pela atual Constituição - em nosso Regimento. Trata-se do inciso IV do artigo 21 que determina que se submetem ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa. - Assim, petição dessa natureza, na pendência de recurso extraordinário, não constitui propriamente ação cautelar, mas, sim, requerimento de cautelar nesse próprio recurso - embora processado em autos diversos por não terem ainda os dele chegado a esta Corte - e requerimento que deve ser processado como mero incidente do recurso extraordinário em causa. - Por outro lado, o inciso V desse mesmo artigo 21 do Regimento Interno estabelece que é atribuição do relator, em caso de urgência, determinar essas medidas

<sup>164</sup> SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Competência e meio processual para atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8, pp. 599-600.

<sup>165</sup> SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Competência e meio processual para atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8, p. 600.

cautelares "ad referendum" do Pleno ou da Turma. - Tendo sido concedida a cautelar monocraticamente, é ela trazida à apreciação da Turma, em observância do disposto no inciso V do artigo 21 do Regimento Interno. Cautelar que, em questão de ordem, se referenda por existentes, no caso, o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora"<sup>166</sup>.

Paulo Afonso de Souza SANT'ANNA salienta que o Código de Processo Civil, conquanto preveja o processo cautelar como meio adequado para a obtenção de providências de natureza cautelar, não obsta a que essas medidas sejam determinadas de outras formas<sup>167</sup>.

Ressalta, ainda, que, embora seja desnecessária a prática de todos os atos previstos para o procedimento cautelar, após a apreciação do pedido liminar, o contraditório e a ampla defesa não podem ser dispensados no caso de atribuição de efeito suspensivo fora do bojo da ação cautelar. Nesse sentido, afirma o ilustre autor que, na hipótese de o pleito ser acolhido, pode a parte adversa requerer a reconsideração da decisão, ou interpor agravo interno, a fim de que a questão seja decidida pelo órgão colegiado<sup>168</sup>.

Por fim, assevera o emérito processualista Mário Helton JORGE que, embora o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal possibilite que se postule concessão de efeito suspensivo ao recurso excepcional por meio de simples requerimento, não há óbice algum a que seja proposta ação cautelar para tal fim, na forma do artigo 798 do Código de Processo Civil<sup>169</sup>.

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na petição nº 2246-SP, da 1ª Turma, relator: ministro Moreira Alves, data do julgamento: 13/03/2001, D.J. 04/05/2001. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=Pet-QO&processo=2246&origem=IT&cod\\_classe=392](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=Pet-QO&processo=2246&origem=IT&cod_classe=392)>.

<sup>167</sup> SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Competência e meio processual para atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8, p. 604.

<sup>168</sup> SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Competência e meio processual para atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8, p. 603.

<sup>169</sup> JORGE, Mário Helton. Recurso extraordinário – atribuição de efeito suspensivo. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 6, p. 423.

## 9. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, observa-se que a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial é atualmente aceita de forma pacífica em sede doutrinária e jurisprudencial, embora o seja em hipóteses raríssimas.

De toda sorte, não há como ficar alheio às importantes transformações que o direito processual civil tem sofrido a cada dia, aproximando-se gradativamente do ideal inserido no importante princípio previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República.

A inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional preconizada em tal dispositivo constitucional não pode ser interpretada sob o aspecto meramente formal, segundo o qual a todos é assegurado o acesso ao Poder Judiciário. Com efeito, diante de uma lesão ou ameaça de lesão não basta que somente isso seja garantido ao jurisdicionado, sendo necessário que o Estado-Juiz disponha de meios de proteger seus direitos subjetivos de forma eficaz e tempestiva.

Nesse contexto, é mister conceber a tutela cautelar como um direito material à segurança do qual pode se valer a parte que está na iminência de sofrer um dano grave e de difícil reparação, ou até mesmo irreparável.

Diante de tão importante função, é forçoso admitir a adequação de seu manejo com a finalidade de evitar o perecimento de um direito que se mostra provável e que está sendo alegado em sede de recurso extraordinário ou especial, aos quais a lei não confere o poder de suspender a eficácia da decisão atacada.

Com efeito, o fato de o Código de Processo Civil estabelecer que os recursos excepcionais não são recebidos no efeito suspensivo não pode constituir óbice à atribuição do referido efeito, com base no poder geral de cautela de que goza todo magistrado, nas hipóteses em que a imediata execução do título judicial provisório tenha o condão de tornar imprestável eventual decisão favorável ao recorrente.

Ademais, sobreleva registrar que, em que pese os apelos extremos não serem voltados precipuamente à realização da justiça subjetiva das partes, tendo como principal desiderato o resguardo da unidade e da inteireza da Constituição e da lei federal, é inconcebível que sob tal argumento o Poder Judiciário permita o perecimento

do direito plausível da parte, pois é certo que o desapego pela efetividade do processo é execrado pela ordem jurídica vigente.

Assim, pouco a pouco os tribunais pátrios conferem a possibilidade de libertação das amarras de um sistema formalista, quiçá ultrapassado, em que a opção pela suspensão ou não dos efeitos da decisão durante o trâmite de recurso que a impugna é determinada pelo legislador, quando seria melhor que essa incumbência fosse do magistrado, que decidiria fundamentadamente a questão, de acordo com as circunstâncias do caso posto em exame.

Embora a legislação brasileira ainda não tenha contemplado tal reforma, algumas modificações nela introduzidas, a exemplo do disposto no artigo 558 do Código de Processo Civil, sinalizam a ocorrência de uma evolução nesse sentido.

Na ausência de norma com conteúdo semelhante que trate dos recursos excepcionais, pode a suspensão da decisão guerreada ser obtida, conforme observado, através de um pedido de tutela cautelar, quer no bojo de uma ação cautelar incidental, quer na própria peça recursal ou por meio de simples petição, sendo inegável que estes últimos meios propiciam relevante economia processual.

Dessa forma, encerra-se o presente trabalho com um sincero desejo de que as Cortes Superiores compreendam o verdadeiro alcance do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e não permitam que meras formalidades obstem a suspensão dos efeitos de decisões impugnadas por recurso extraordinário ou especial, quando estiverem presentes os requisitos necessários a tal providência, em detrimento da incolumidade dos direitos dos jurisdicionados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Notas para uma teoria geral do processo cutelar. *In Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Coord. Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso Especial e Recurso Extraordinário. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. Vários Colaboradores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 5.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Pré-questionamento. *In Revista Forense*, São Paulo, nº 328, ano 90, out./dez. 1994.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário nº 474287/MT, da 2ª Turma, relator: ministro Celso de Mello, data do julgamento: 09/05/2006, data da publicação: 30/06/2006. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=REAgR&processo=474287&origem=IT&cod\\_classe=539](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=REAgR&processo=474287&origem=IT&cod_classe=539)>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 266397-2/PR, da 1ª Turma, relator: ministro Sepúlveda Pertence, data do julgamento: 09/03/2004, data da publicação: 07/05/2004. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=266397&origem=IT&cod\\_classe=437](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=266397&origem=IT&cod_classe=437)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 2.336-MG, da 2ª Turma, relator: Ministro Carlos Velloso, data do julgamento: 09/05/1990, data da publicação: 04/06/1990. *In Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 659, ano 79, set. 1990, p. 192.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 134.175-1, 1ª Turma, relator: Ministro Celso de Mello, data do julgamento: 02/04/1991, data da publicação: 06/03/1992. *In Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 683, ano 81, set. 1992, p. 232.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial nº 444/RJ, da 4ª Turma, relator: Ministro Athos Carneiro, data do julgamento: 07/08/1990, data da publicação: 15/10/1990. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=198900091883&data=15/10/1990>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 210638-SP, da 1ª Turma, relator: ministro Sepúlveda Pertence, data de julgamento: 14/04/1998, data da publicação: 19/06/1998. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=210638&origem=IT&cod\\_classe=437](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=210638&origem=IT&cod_classe=437)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 44.456/RS, da 3ª Turma, relator: Ministro Eduardo Ribeiro, data do julgamento: 22/03/1994, data da publicação: 16/05/1994. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jurlmagem/frame.asp?registro=199400052634&data=16/05/1994>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 68374-SP, da 2ª Turma, relator: ministro Antonio Neder, data do julgamento: 03/05/1973, data da publicação: 15/06/1973. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=68374&origem=IT&cod\\_classe=437](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=68374&origem=IT&cod_classe=437)>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 76.909-RS, do Tribunal Pleno, relator: ministro Xavier de Albuquerque, data do julgamento: 05/12/1973, data da publicação 15/05/1974. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=76909&origem=IT&cod\\_classe=437](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=RE&processo=76909&origem=IT&cod_classe=437)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso ordinário em mandado de segurança nº 18.714-PA, da 2ª Turma, relator: ministro João Otávio de Noronha, data de julgamento: 18/08/2005, data da publicação 01/02/2006. Disponível em: <[https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200401004952&dt\\_publicacao=01/02/2006](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200401004952&dt_publicacao=01/02/2006)>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo regimental na petição nº 1859-DF, da 2ª Turma, relator: ministro Celso de Mello, data do julgamento: 28/03/2000, data da publicação: 28/04/2000. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=PetAgR&processo=1859&origem=IT&cod\\_classe=535](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=PetAgR&processo=1859&origem=IT&cod_classe=535)>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo regimental na petição nº 1189-MG, da 1ª Turma, relator: ministro Moreira Alves, data do julgamento: 29/10/1996, data da publicação: 06/12/1996. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=PetAgR&processo=1189&origem=IT&cod\\_classe=535](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=PetAgR&processo=1189&origem=IT&cod_classe=535)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo regimental na medida cautelar nº 2.609-RJ, da 2ª Turma, relator: ministro Franciulli Netto, data do julgamento: 15/06/2000, data da publicação: 21/08/2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jurlmagem/frame.asp?registro=200000255017&data=21/08/2000>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo regimental na medida cautelar nº 250-DF, da 1ª Turma, relator: ministro César Asfor Rocha, data do julgamento: 23/08/1995, data da publicação: 30/10/1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jurlmagem/frame.asp?registro=199500271400&data=30/10/1995>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo regimental na medida cautelar nº 89-TO, da 1ª Turma, relator: ministro Demócrito Reinaldo, data do julgamento: 30/11/1994, data da publicação: 19/12/1994. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jurlmagem/frame.asp?registro=199400293313&data=19/12/1994>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar nº 1.499-MG, da 1ª Turma, relator: ministro Garcia Vieira, data do julgamento: 22/06/1999, D.J. 16/08/1999, Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jurlmagem/frame.asp?registro=199800837604&data=16/08/1999>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar nº 2.368-MG, da 4ª Turma, relator: ministro César Asfor Rocha, data do julgamento: 03/02/2000, D.J. 02/05/2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jurlmagem/frame.asp?registro=200000047090&data=02/05/2000>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na medida cautelar nº 4.024-SC, da 5ª Turma, relator: ministro Gilson Dipp, órgão julgador: quinta turma, data do julgamento: 18/09/2001, D.J. 15/10/2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jurlmagem/frame.asp?registro=200100952346&data=15/10/2001>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração na medida cautelar nº 3.186-MG, da 1ª Turma, relator: ministro Francisco Falcão, data do julgamento: 28/08/2001, D.J. 18/02/2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jurlmagem/frame.asp?registro=200001081683&data=18/02/2002>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na petição nº 2246-SP, da 1ª Turma, relator: ministro Moreira Alves, data do julgamento: 13/03/2001, D.J. 04/05/2001. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=Pet-QO&processo=2246&origem=IT&cod\\_classe=392](http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=Pet-QO&processo=2246&origem=IT&cod_classe=392)>.

BUENO, Cássio Scarpinella. De volta ao prequestionamento – duas reflexões sobre o RE 298.695-SP. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8.

\_\_\_\_\_. Efeitos dos recursos. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10.

\_\_\_\_\_. Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos tribunais superiores. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 4.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. *In Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 654, ano 79, abr. 1990.

\_\_\_\_\_. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 2.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de segurança*. São Paulo: Dialética: 2002.

\_\_\_\_\_. *Recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Dialética, 2003.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Ovídio Araújo Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812.

CUNHA, Guilherme Caldas da. Controle constitucional do cabimento do recurso especial. *In Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 704, ano 83, jun. 1994.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. Vários colaboradores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 5.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Prequestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier, 2001, v. 4.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário – EC 45. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Do cabimento de recurso ordinário e especial contra acórdão proferido por turma recursal nos juizados especiais. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10.

JORGE, Flávio Cheim. Recurso especial com fundamento na divergência jurisprudencial. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, v. 4.



JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coord. Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. Vários colaboradores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 5.

JORGE, Mário Helton. Recurso extraordinário – atribuição de efeito suspensivo, *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 6.

LACERDA, Galeno. Processo cautelar. *In Revista de Processo*, São Paulo, n° 44, ano 11, out./dez. 1986.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1980, traducción de Santiago Sentis Melendo de los três volúmenes de la obra *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffré Editore, 1973, 1974, 1976.

MALACHINI, Edson Ribas; ASSIS, Araken de. *Comentários ao código de processo civil*. Coord. Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 10: do processo de execução, arts. 736 a 795.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.352/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial. *In Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23. ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, tomo V.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, tomo XII.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961, tomo XIII.

MONTEIRO, Samuel. *Recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Hermus, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. *In Revista de Processo*, São Paulo, n° 74, ano 19, abr./jun. 1994.

\_\_\_\_\_. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*, 22. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. atual. até 10 de fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 4.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETTO, Domingos Franciulli. Concessão de efeito suspensivo em recurso especial. *In Revista de Processo*, São Paulo, n° 109, ano 28, jan./mar. 2003.

NETTO, Nelson Rodrigues; NETTO, Sílvia Marina Batalha de Rodrigues. Concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário e a recurso especial. *In Revista de Processo*, São Paulo, n° 130, ano 30, dez. 2005.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prefácio a *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. Prequestionamento. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 2.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. As tutelas de urgência nos recursos extraordinários. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios*

*de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 7.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial*. Orientação: Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OMMATI, José Emílio Medauar. Ofensa reflexa à Constituição: ofensa direta à Constituição. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O mandado de segurança contra atos jurisdicionais: tentativa de sistematização nos cinquenta anos de sua existência. *In Revista de Processo*, São Paulo, nº 33, ano 9, jan./mar., 1984.

ROSAS, Roberto. A causa como pressuposto do recurso. *In Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Competência e meio processual para atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1.

TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *In Revista de Processo*, São Paulo, nº 80, ano 20, out./dez., 1995.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 2.

\_\_\_\_\_. Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar. *In Revista de Processo*, São Paulo, nº 50, ano 12, abr./jun. 1988.

\_\_\_\_\_. Tutela cautelar durante tramitação de recurso. *In Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1991.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3: processo cautelar e procedimentos especiais.

\_\_\_\_\_. *Curso avançado de processo civil*. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2: processo de execução.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. *In Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso. *In Revista de processo*, São Paulo, nº 74, ano 19, abr./jun. 1994.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O mandado de segurança contra ato judicial. *In Revista de Processo*, nº 107, ano 27, jul./set. 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. *In Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.